Betrug und Erpressung beim Glücksspiel

im geltenden Recht und nach dem Entwurf der „Amtlichen Kommission"

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Klaus Wittner

Referendar

aus Kirchheim (Rheinpfalz)

Approbiert am 18. 12. 37.

1938

Verlags- und Dissertationsdruckerei Carl Beck, Eisfeld i. Thür.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Köhler.

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig 1922.

Dahm: Betrug. In: „Das kommende deutsche Strafrecht". Berlin 1935/36.

DJZ: Deutsche Juristen-Zeitung.

DkdStR: „Das kommende deutsche Strafrecht", Allgemeiner und Besonderer Teil, jeweils 1. und 2. Aufl., hrsg. von Dr. Gürtner. Berlin 1935/36.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGStr.)

Epple: Das strafbare Glücksspiel. Tübingen 1932.

Feder: Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundgedanken. München 1932.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 15. Aufl. 1924.

Froeschmann: Betrug bei unerlaubten Rechtsgeschäften. Erlangen 1906.

Gelbert: Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit im Strafrecht des neuen Reichs. Deutsches Recht, Berlin 1934.

Geiger: Das Glücksspiel im geltenden Strafrecht und nach den neuesten Strafgesetzentwürfen. Freiburg 1932.

Goldmann: Das Spielgesetz v. 23. Dezember 1919. Das Recht. Berlin 1921.

Greiner: Glücksspiel. Handwörterbuch der Kriminalogie. Berlin 1933.

Gütermann: „Pokern" als Glücksspiel im Sinne der §§ 284, 285 RStGB. Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung. Nürnberg 1908.

Heilbronner: Der Begriff: „Unterdrückung wahrer Tatsachen" beim Betrug. Erlangen 1898.

v. Hippel: Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Berlin 1924.

Humbert: Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit in ihrer Bedeutung für die allgemeinen Rechtfertigungsgründe. Freiburg 1932.

Kehle: Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug. Tübingen 1905.

Köhler: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Leipzig 1917.

Kohlrausch: a) Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen. In: „Das kommende deutsche Strafrecht" (DkDStR). Berlin 1935/36.
b) Strafgesetzbuch. 30. Aufl. Berlin 1932.

Kosidowski: Der strafrechtliche Charakter der Rennwette. Köln 1933.

Kröncke: § 284 des Reichsstrafgesetzbuchs. Leipzig 1905.

Mamroth: Glücksspiel. In: Reform d. Strafrechts. Kritische Besprechung des amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin 1926.

Mannheim: a) Betrug. In: DkDStR. Berlin 1935/36.
b) Erpressung. In: DkDStR. Berlin 1935/36.

Manteuffel: a) Falschspieler, Formen und Technik des Spielbetrugs. Berlin 1923.
b) Die gebräuchlichsten Glücksspiele. Berlin 1923.

Merkel: Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Erlangen 1900.

Neumann: Ein neues Reichsgerichtsurteil über den Bajazzoapparat. Deutsches Politisches Archiv. Berlin 1928.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 11. Aufl. Berlin 1927.

Orth: Spiel und Wette im Strafrecht. Heidelberg 1909.

Peschke: Das strafbare Glücksspiel. In: Gesetz und Recht. Berlin 1920.

Reebmann: Das Glücksspiel im geltenden Strafrecht. Köln 1929.

Pfundtner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht. Berlin.

Reymann: Die Handlung des Betrügers. Eine Abhandlung aus dem Strafrecht. Freiburg 1908.

Römberg: Das Reichs- und Landeslotterie- und sonstige Glücksspielstrafrecht. Rostock 1907.

Röhler: Die strafbaren Handlungen betreffend das Glücksspiel. (Unter Berücksichtigung der Entwürfe). Jena 1927.

Sabath: Das Glücksspiel. Seine strafrechtliche und wirtschaftliche Bedeutung. Berlin 1906.

Schäfer: Glücksspiel. In: DkDStR. Berlin 1935/36.

Schellhas: Die rechtliche Wirksamkeit der am 1. August 1920 in Kraft getretenen Ausführungsverordnung zum Glücksspielgesetz. DIZ. Berlin 1920.

Schönfelder: Betrug beim erlaubten Spiel. Breslau 1919.

Schultz: Wie heute Glücksspiele beurteilt werden. Deutsches Polizeiarchiv Lübeck. Lübeck 1927.

Seelig: Das Glücksspielstrafrecht. Graz 1923.

Seinsche: Das strafbare Glücksspiel im engeren Sinne. Erlangen 1929.

Vollmann: Die subjektiven Unrechtselemente im Strafrecht. Erlangen 1933.

Votteler: Das strafbare Glücksspiel im geltenden Recht (unter Berücksichtigung der neueren Strafgesetzentwürfe). Tübingen 1932.

Weiser: Begriff, Wesen und Formen des strafbaren Glücksspiels. Leipzig 1930.

Weiskam: Begriff und Wesen des Glücksspiels im deutschen Strafrecht (unter Berücksichtigung des gewerbsmäßigen Glücksspiels, § 284 RStGB). Würzburg 1912.

Weiß: Das Gesetz gegen das Glücksspiel. Deutsche Strafrechtszeitung. Berlin 1920.

Weiß: Ueber Glücksspiel, Spielklubs und öffentliche Spielbanken. Berlin 1919.

Wiedenfeld: Das Glücksspiel auf Märkten und Volksfesten. In: „Staats- und Selbstverwaltung". Berlin 1934.

Einleitung.

Der nationale Umschwung hat, wie überall, so auch auf dem Gebiete des Rechts revolutionierend gewirkt.

Das Strafrecht war von Anfang an eines der umkämpftesten Rechtsgebiete, besonders einige Materien verlangten dringend nach einer Neuregelung. Ein neues Strafgesetzbuch konnte und sollte nicht überstürzt herausgebracht werden. Diejenigen strafrechtlichen Fragen, die keinen Aufschub mehr duldeten, mußten daher im Wege der Novellengesetzgebung vorweg geregelt werden. So entstand neben den anderen Strafrechtsnovellen verhältnismäßig bald nach der Machtübernahme auch das „Gesetz über die Zulassung von öffentlichen Spielbanken vom 14. Juli 1933". Durch dieses Gesetz kam zum Ausdruck, daß auch auf dem Gebiete des Glücksspielstrafrechts eine Aenderung „dringend" erforderlich war.

Das neue Gesetz hat den Tatbestand des Glücksspiels nicht beeinflußt. Es hat nur seine Anwendbarkeit eingeschränkt. „Es sollte ein Ventil geschaffen werden, durch das die Spielleidenschaft in gesetzmäßigen Bahnen abfließen kann" [1]). Aber gerade der Tatbestand des Glücksspiels gibt auch heute noch zu mancher Zweifelsfrage Anlaß. So sind insbesondere die zahlreichen Fälle, bei denen Glücksspiel und Betrug zusammentreffen, schon oft Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidung gewesen; eine Lösung, die alle befriedigt, haben aber weder die sich widersprechenden Entscheidungen des Reichsgerichts, noch der Streit der Literatur gebracht.

Es wird daher nicht uninteressant sein, einmal die Grenzen zwischen dem Glücksspiel und dem Betrug und dem ihm verwandten Tatbestand der Erpressung zu suchen und weiter zu prüfen, ob das in Vorbereitung befindliche neue deutsche Strafrecht eine eindeutigere Stellungnahme zu der Frage des Betrugs und der Erpressung beim Glücksspiel zulassen wird.

---

1) Pfundtner-Neubert I b 11, S. 1.

I. Das Glücksspiel.

Immer wieder einmal findet sich in der Presse die Nachricht, daß es geglückt sei, einer Spielerbande auf die Fährte zu kommen, die sich beim Glücksspiel Riesenbeträge erschwindelt habe. Es folgt ein Sensationsprozeß. Und dann verschwinden die Schuldigen für einige Zeit hinter Gefängnismauern. Welcher strafbaren Handlungen haben sie sich schuldig gemacht? Haben sie mit ihrem unehrlichen Spiel gegen das Verbot des Glücksspiels verstoßen, war ihr Tun zugleich Betrug, oder sind sie nur wegen Betrugs allein zu bestrafen?

Diese Fragen werfen sich auf bei der Lektüre solch eines Glücksspielprozesses, der die Spalten der Zeitungen füllt. Aber begegnen sie uns nicht im kleinen tausendfach im täglichen Leben! Oder ist es etwas anderes, wenn irgendwo beim Kartenspiel einer der Spieler sich dadurch einen Vorteil gegenüber den anderen verschafft, daß er die Karten zeichnet um sie auch in der Hand der Partner zu erkennen, daß er bei der Kartenausgabe sich selbst die besten zurückbehält, oder sonst entgegen der Spielregel es versteht, sich die paar Pfennige zu gewinnen, die der Spieleinsatz ausmacht?

Schließlich ist auch noch des Falles zu gedenken, daß der Verlierer nach beendetem Spiele sich weigert, den Einsatz zu zahlen. Darf der Gewinner dann unter Drohung oder gar mit Gewalt die Zahlung verlangen?

Welche Bedeutung hat überhaupt die Zahlung? Ist sie ein notwendiges Merkmal des Spiels oder wenigstens des Glücksspiels? Oder kann auch das Spiel des Kindes unter Umständen ein Glücksspiel sein? Ist der Spielbegriff des Sprachgebrauchs ein anderer als der des Gesetzes?

Was der Sprachgebrauch, was das Gesetz, was insbesondere das Strafgesetz unter „Glücksspiel“ verstanden wissen wollen, wird die erste Frage sein, die wir zu beantworten haben.

A.

1. Das Spiel.

Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches befaßt sich mit dem strafbaren Glücksspiel in seinen §§ 284, 284a und b, 285 und 285a. Sonst begegnet uns das Wort „Spiel“ oder

„Glücksspiel" im Gesetz nur selten. Eine Legaldefinition des Spiel- oder Glücksspielbegriffs hat der Gesetzgeber in kein Gesetz aufgenommen. Er hat sie bewußt vermieden, da sie nie so eindeutig hätte sein können, daß kein Streit über ihre Auslegung entstanden wäre. Er hat es vorgezogen, die Herausarbeitung des Glücksspielbegriffes dem Streit von Praxis und Literatur zu überlassen. Wissenschaft und Praxis haben auf den verschiedensten Wegen die Schaffung einer brauchbaren Begriffsbestimmung angestrebt; das Ergebnis war in allen Fällen fast ziemlich das gleiche.

Das Glücksspiel ist, wie das Wort selbst zum Ausdruck bringt, eine Unterart des Spiels [1]. Was ist ein „Spiel"?

Dem Sprachgebrauch folgend, wird das „Spiel" im allgemeinen in Gegensatz gesetzt zur Arbeit. „Wesentliches Merkmal der Arbeit ist hier, daß sie auf einen wirtschaftlichen Erfolg abstellt, das Spiel aber nicht" [2]. So meint die Mehrheit derer, die das Spiel schlechthin betrachten [3]. Und es mag Geiger Recht gegeben werden, wenn er glaubt, „daß mit dieser Ansicht, die darauf abstellt, ob mit der Betätigung ein wirtschaftlicher Erfolg angestrebt werde oder nicht, am ehesten ein einigermaßen sicheres Unterscheidungsmerkmal gefunden sei" [4]. Allein dem für §§ 284 f. aufzustellenden Spielbegriff kann mit einer derart weiten Definition nicht gedient sein. „Spiel im Rechtssinne ist ein des Gewinnes oder der Unterhaltung wegen geschlossener Vertrag, durch den sich die Parteien unter entgegengesetzten, in ihrem Eintritt ungewissen, wirtschaftlich nicht begründeten Bedingungen eine vermögenswerte Leistung versprechen" [5]. Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß der rechtlich relevante Spielbegriff zwei Voraussetzungen erfordert, nämlich die, daß dem Spiel als solchem ein Vertrag, der Spielvertrag, zugrundeliegen und daß dieser Vertrag eine vermögenswerte Leistung zum Gegenstand haben muß, dergestalt, daß der Aus-

---

1) Allgemeine Ansicht: Olshausen § 284 Anm. 1.
2) Geiger, S. 19/20.
3) so auch Weiß, S. 9. — Seinsche verlangt (S. 4) als weiteres Begriffsmerkmal für das Spiel, daß es sich bei ihm um eine Tätigkeit zum Zweck des Zeitvertreibs und der Erholung handeln müsse, eine Auffassung, die allenthalben Ablehnung erfährt (s. Schönfelder, S. 9). Eigene Wege bei der Definition des Spielbegriffs geht Seelig (S. 32), der aus psychologischen Momenten seine Begriffsbestimmung ableitet; ihm folgt Epple (S. 8). Die Definition Seeligs enthält jedoch die Schwierigkeit, daß sie sich einiger Begriffe bedienen muß, die ihrerseits wieder einer genauen Bestimmung bedürfen, wenn sie richtig verstanden werden sollen.
4) a. a. O., S. 20.
5) Kohlrausch, Strafgesetzbuch, § 284 Anm. 3.

gang des Spiels darüber entscheidet, welche Partei die Leistung zu empfangen und welche sie zu erbringen hat. Zu dieser Erkenntnis führt uns eine Betrachtung des § 762 BGB, der auch eine das Spiel betreffende Regelung enthält. Daß dem Spiel ein Vertrag zugrundeliegen muß, soll es überhaupt dem Gesetz unterfallen, und daß dieser Vertrag eine Leistung enthalten muß, läßt sich aus der Stellung des erwähnten Paragraphen folgern; denn er ist dem Abschnitt über Verträge eingereiht. Es geht im übrigen aus seinem Wortlaut klar hervor. Es ist also nicht sowohl das „Spiel" selbst, das in § 762 BGB geregelt werden soll; es bleibt völlig unberührt. Die Bestimmung regelt allein das vertragliche Verhältnis, den Spielvertrag, an dem das Spiel gewissermaßen mehr ein nötiges Beiwerk ist.

Der Spielbegriff des Strafrechts baut sich auf dem des bürgerlichen Rechtes auf, ist aber dadurch eingeengt, daß hier das den Spielvertrag entscheidende Spiel ein „Glücksspiel" sein muß. Ein Glücksspiel ist dann gegeben, „wenn die Entscheidung ganz oder wesentlich vom Zufall, nicht vom Verstand oder der Geschicklichkeit der Spieler abhängt" [6]. Allfeld definiert ganz kurz: „Gegenstand strafrechtlicher Bestimmung ist das Glücks- oder Hazardspiel, d. h. diejenige auf Gewinn oder Verlust abzielende Veranstaltung, bei welcher die Entscheidung über Gewinn oder Verlust ausschließlich oder doch im wesentlichen vom Zufall und nicht von der Geschicklichkeit der Spieler abhängig gemacht wird" [7]. Das Reichsgericht kommt in seiner Glücksspieldefinition zu folgendem Ergebnis: „Ein Glücksspiel im Sinne der strafrechtlichen Vorschriften ist ein Spiel, bei dem nach den Vertragsbedingungen, die von dem einen Teil ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung angeboten und von dem andern Teil angenommen werden, die Entscheidung über Gewinn oder Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen sowie vom Grade der Aufmerksamkeit der Spieler, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall, d. h. vom Wirken unberechenbarer, dem Einfluß der Beteiligten entzogener Ursachen abhängt" [8].

2. Spiel und Wette.

Es bleibt nun weiter darauf hinzuweisen, daß in dem oben schon erwähnten § 762 BGB der Gesetzgeber Spiel und Wette nebeneinander nennt und damit augenscheinlich zwei ver-

---

6) Kohlrausch, Strafgesetzbuch, § 284 Anm. 3.
7) Allfeld, S. 490.
8) RGStr. 62/48; 61/5.

schiedene Dinge meint. Es ist dies allerdings nicht unbestritten. Ueber das Verhältnis zwischen Spiel und Wette haben sich drei einander bekämpfende Theorien gebildet. Die eine Ansicht vertritt den Standpunkt, daß ein Unterschied zwischen Spiel und Wette nicht bestehe, zum wenigsten sei der Unterschied für Recht und Gesetz unerheblich und nicht zu beachten. Diese Auffassung wird neben einigen älteren Autoren letztmalig von Weiser vertreten und eingehend und ausführlich begründet. Er sucht nachzuweisen, daß sich der „Spiel"- und „Wettvertrag" in nichts voneinander unterscheiden, daß höchstens Motiv und Zweck die Handhabe für ein Trennungsmerkmal geben; für das Recht dürfe aber nur Inhalt und Form eines Vertrags maßgebend sein [9]). Dieser Theorie kann nicht zugestimmt werden. Schon der Sprachgebrauch macht einen Unterschied. Der Gesetzgeber erwähnt Spiel und Wette nebeneinander und dachte offensichtlich an etwas Verschiedenes. Endlich sind Spiel und Wette mit den ihnen zugrunde liegenden Verträgen so eng verwoben, daß der von Weiser selbst zugegebene Unterschied im Motiv die beiden Verträge sehr wohl zwar nicht ändert, aber doch als etwas Verschiedenes empfinden läßt, zumal die subjektiven Unterscheidungsmerkmale eine recht brauchbare Grundlage bieten. — Die zweite Lehrmeinung sucht Spiel und Wette nach objektiven Gesichtspunkten zu unterscheiden. Diese sog. objektive Theorie hat wieder zwei verschiedene Ansichten entwickelt. Die Zeitpunkttheorie — ihr Vater ist Thöl [10]) — verlangt, daß die Parteien irgend etwas tun, irgendwie tätig werden müssen, soll ein Spiel gegeben sein. Fehlt es an diesem Tätigwerden, so liege eine Wette vor. Planck und Staudinger vertreten die Ansicht, daß die entscheidende Tatsache bei der Wette eine vergangene oder gegenwärtige, beim Spiel eine zukünftige sein müsse [11]). Beide Theorien stoßen allenthalben auf Ablehnung. Sie sind zu stark von Ausnahmen durchbrochen, als daß man behaupten könnte, sie würden eine zuverlässige Unterscheidung in den meisten Fällen gewährleisten. — Die Anhänger der dritten Gruppe finden das Unterscheidungsmerkmal zwischen Wette und Spiel im Motiv. Dieser Ansicht ist auch das Reichsgericht beigetreten. Es führt aus: „Das Motiv der Wette ist der Streit, sowie die Lust, die Ueberzeugung von der Richtigkeit der Behauptung bewährt zu sehen, und der Zweck der Wette ist die Ermöglichung oder Sicherung des dem Gegner zu führenden Nachweises, daß man bei dem Streit Recht, der Gegner Unrecht gehabt habe" [12]).

---

9) Weiser, S. 15.
10) Thöl, Handelsrecht (Leipzig 1879), S. 1038, § 304.
11) Dieser Auffassung ist auch Froeschmann beigetreten, S. 10.
12) RGStr. 6/175; 6/425; vgl. auch RGStr. 7/24.

Zum Spiel erläutert das Reichsgericht: „Spiel ist ein Vertrag, kraft dessen die Parteien, sei es zum Zweck der Unterhaltung, sei es aus Lust am Wagen, sei es aus Gewinnsucht, unter einer Bedingung, deren Eintritt oder Nichteintritt entweder von einer von den Parteien vorgenommenen Tätigkeit oder von anderen, zufälligen Umständen abhängt, sich der Möglichkeit eines Verlustes unterwerfen, um für den entgegengesetzten Fall eine Leistung des Gegners zu erlangen" [13]). Die vom Reichsgericht vertretene Auffassung, daß es bei der Unterscheidung zwischen Spiel und Wette auf die Absicht der Parteien ankomme, hat beim Großteil der Literatur Anklang gefunden. Soll nach dem Willen der Parteien ein „Meinungskampf" ausgetragen werden, so liegt eine Wette vor. Wollen die Parteien sich nur unterhalten oder gewinnen, so ist ein Spiel gegeben [14]). Natürlich bringt auch die subjektive Theorie keine Lösung für all und jeden Fall; auch hier sind die Grenzen nicht absolut klar. Es ist ihr jedoch gelungen, ein Unterscheidungsmerkmal zu finden, das in den allermeisten Fällen eine Lösung schafft, die dem Empfinden der Allgemeinheit entspricht. Tatsächlich sind auch von keiner Seite so ernstliche Bedenken ins Feld geführt worden, daß man sich ihr nicht anschließen könnte.

3. Lotterie und Ausspielung.

Das Strafrecht selbst macht einen Unterschied zwischen Lotterie und Ausspielung einerseits und dem Glücksspiel im engeren Sinne auf der anderen. Auf die hierfür gefundenen Unterscheidungsmerkmale soll hier jedoch nicht eingegangen werden. Die vorliegende Arbeit will das Glücksspiel im weiteren Sinne umfassen, von dem nach allgemeiner Auffassung Lotterie und Ausspielung nur als Unterarten betrachtet werden können [15]).

Nun macht sich natürlich nicht jeder, der bei Gelegenheit zufällig einmal ein Glücksspiel spielt, straffällig. Bestraft wird nur, wer sich an einem öffentlichen Glücksspiel beteiligt (§ 284 a RStGB) oder aus dem Glücksspiel ein Gewerbe macht (§ 285

---

13) RGStr. 7/26.

14) so Olshausen, § 284, Anm. 1; Allfeld, S. 490; Frank, § 284 Anm. II 2 b; Kohlrausch, StGB, § 284 Anm. 1; Weiskam, S. 18; Kröncke, S. 8; Köhler, S. 11; Geiger, S. 28; Rebmann, S. 10; Seinsche, S. 11. Auch Seelig bekennt sich im großen und ganzen zur subjektiven Theorie. Er hält aber die Grenzen für flüssig und stellt die „Theorie der sich schneidenden Begriffe" auf, die eine klare Trennung vermeidet.

15) so Olshausen, § 284, Anm. 4. Frank, § 286 Anm. I.

RStGB) und wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich oder in den in § 284, Abs. 2 vorgesehenen Fällen ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtung bereitstellt. Die hierzu sich evtl. noch ergebenden Fragen bedürfen in diesem Zusammenhang keiner Erörterung, da die Arbeit sich mit dem Glücksspiel im allgemeinen befaßt und nicht auf die Fälle des strafbaren Glücksspiels beschränkt werden soll. Es sei jedoch noch kurz darauf hingewiesen, daß in einer Verordnung v. 27. Juli 1920 für das Reichsgebiet geregelt wurde, unter welchen Voraussetzungen das sonst verbotene Glücksspiel statthaft sei. Insbesondere enthält diese Verordnung Bestimmungen darüber, von welchen Behörden und in welcher Form die in § 284 RStGB erwähnte Spielerlaubnis erteilt werden darf [16]). Am 14. Juli 1933 ist das „Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken" erschienen und hat die Grenzen der Strafbarkeit aus den §§ 284 ff. RStGB. weiter eingeengt. Durch Gesetz vom 18. Dezember 1933 wurde die Frage betreffend die Aufstellung von Bajazzoapparaten neu und gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch selbständig geregelt.

4. Regelung im kommenden Strafrecht.

Das bisher über den Begriff des Glücksspiels Ausgeführte gilt in vollem Umfange auch für das kommende deutsche Strafrecht. Insbesondere wird auch es keine Legaldefinition für das Glücksspiel bringen, sich vielmehr mit dem, was bisher zur Begriffsbestimmung herausgearbeitet wurde, begnügen, da es für durchaus brauchbar erachtet wird. Die Tatbestände werden im großen und ganzen gleichfalls aus dem geltenden Recht übernommen werden, „da sie sich im allgemeinen bewährt haben." Von einer gewissen, besonderen Bedeutung ist höchstens, daß „die Strafvorschrift gegen denjenigen, der — nicht gewerbsmäßig — sich an einem öffentlichen Glücksspiel beteiligt (§ 284 a RStGB), künftig wegfällt." Die Strafbarkeit der Spieler habe dazu geführt, daß sie nicht mehr als Zeugen gegen die Veranstalter und gewerbsmäßigen Spieler vernommen und diese daher nicht selten mangels Beweises nicht überführt werden können [17]). Das kommende Strafrecht zeigt insgesamt die Tendenz, mit Strafen nur gegen die wirklich passionierten Glücksspieler vorzugehen und gegen die, die dem öffentlichen Glücksspiel in irgend einer Weise Vorschub leisten. Darüber hinaus wird es dem Glücksspiel keine besondere Beachtung schenken.

---

16) Ueber die Rechtswirksamkeit der VO vgl. DJZ 1920 Sp. 704.
17) Karl Schäfer, in: DStr Bd. II, 2. Aufl., S. 543/44.

B.

Als Grundlage der gesamten folgenden Betrachtungen diene ein konstruierter

Glücksspielfall.

Er soll in seinen Abwandlungen zeigen, in welcher Weise der Betrug beim Glücksspiel begangen werden kann und wie die einzelnen strafbaren Handlungen den Tatbestand und das Wesen des Glücksspiels beeinflussen:

„Es handelt sich um ein Würfelspiel, also ein anerkanntes Glücksspiel, das nach dem Spielvertrag wie folgt verläuft:

a) Die Teilnehmer entnehmen aus einem Beutel jeder einen Würfel. Dieser trägt auf jeder seiner 6 Seiten eine Zahl und zwar durchlaufend die Nummern von 1—6. $^1/_4$ von den im Beutel enthaltenen Würfeln hat jedoch statt der 1 eine zweite 6.

b) Die Spieler würfeln jeder mit dem von ihnen gezogenen Würfel mehrere Runden jeweils einmal einer nach dem andern. Das Ergebnis wird nach jedem Wurf aufgeschrieben und zum Schluß addiert.

c) Ueber Gewinn oder Verlust entscheidet folgende Berechnung: Es wird die Mitte gesucht zwischen der Mindestzahl der Augen, die gewürfelt werden mußten, und der Höchstzahl, die erreicht werden konnte. Die Würfel mit zwei Sechsen bleiben bei der Berechnung außer Betracht. Wurden also insgesamt 5 Runden gespielt, so mußte jeder wenigstens 5 . 1 = 5 und konnte bestens 5 . 6 = 30 Augen würfeln. Die Mitte hiervon beträgt $17^1/_2$. Wer mehr als $17^1/_2$ Augen würfelte, hat seinen Einsatz verloren, wer weniger würfelte, erhält seinen Einsatz und den Betrag des Einsatzes als Gewinn zurück. Wer einen Würfel mit 2 Sechsen zog, hatte doppelten Einsatz zu leisten und erhält als Gewinner, d. h. nur, wenn er trotz der 2 Sechsen unter der allgemein errechneten Hälfte bleibt, seinen Einsatz und den doppelten Gewinn ausgezahlt.

Läßt sich die Grenzzahl, die über Gewinn oder Verlust entscheidet, erwürfeln, was dann geschieht, wenn die Rundenzahl eine gerade ist, so erhält der, der auf sie trifft, den Einsatz wieder.“

II. A. Betrug beim Glücksspiel
nach geltendem Recht.

Für den Betrug beim Glücksspiel ist davon auszugehen, daß die beim Spiel sich ergebenden Verhandlungen zeitlich in drei Hauptabschnitte zerfallen:

1. in die Zeit vor der eigentlichen Spielhandlung. Hierzu gehört alles, was vor a) des Beispiels geschieht, insbesondere die Aufforderung zum Spiel, die vom Veranstalter oder dem Bankhalter oder einem sonstigen Interessenten ausgehen kann, also das Vertragsangebot und die Gegenerklärung, insbesondere also die Erklärung der Spielpartner, das Angebot anzunehmen, wobei evtl. auf die Spielbedingungen hingewiesen oder solche vereinbart werden.

2. in das „eigentliche“ Spiel, d. h. die Verwirklichung der im Vertrag gemachten Erklärungen, worunter insbesondere die Spielhandlungen selber fallen und das Leisten der Einsätze (a und b des Beispiels).

3. in die Abwicklung der sich aus dem Spiel ergebenden Folgen. Hierzu ist zu zählen das Zusammenrechnen der Gewinn- und Verlustpunkte, die hieraus resultierende Feststellung der Gewinner und Verlierer und schließlich die Auszahlung an die Gewinner (c des Beispiels).

Im Rahmen dieser drei Abschnitte muß der Betrug sich abwickeln, muß sich die „in rechtswidriger Bereicherungsabsicht durch Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung“ [1]) vollziehen. Wir müssen demnach untersuchen, ob die Tatbestandsmerkmale des Betrugs, die Täuschungshandlung, die Irrtumserregung im Getäuschten und die Vermögensbeschädigung im Rahmen des Glücksspiels denkbar sind, sodaß beim Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale — bei gegebenem Vorsatz und Erstrebung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils — eine Bestrafung aus § 263 RStGB möglich ist.

a) Die Täuschungshandlung.

Als erstes Tatbestandsmerkmal erfordert der Betrug, wie eben schon angedeutet, eine Täuschungshandlung. Der Betrüger

1) Frank, § 263 Anm. 1.

muß seinen Spielpartner durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen zu täuschen, er muß in ihm also eine falsche Vorstellung von einer Tatsache zu erwecken suchen.

1. Was ist eine „Tatsache"?

α). Aeußere Tatsachen: Rein zeitlich betrachtet, taucht die Frage auf, ob Tatsachen etwas Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges darstellen. Allgemein anerkannt sind als Tatsachen alle Vorgänge, Verhältnisse, Ereignisse, Zustände der Gegenwart; so würde im Beispiel der Veranstalter eine Tatsache behaupten, wenn er erklärte, die Würfel seien nicht gefüllt. Er behauptet damit etwas über den tatsächlichen Zustand der Würfel, daß sich in Wirklichkeit, und zwar jetzt im Augenblick, etwas so oder so verhalte, etwas so oder so sei. In gleicher Weise ist es die Behauptung einer Tatsache, daß einige Würfel statt der „1" eine „6" trügen oder daß genau 1/4 der in dem Beutel enthaltenen Würfel 2 mal 6 Augen hätte. Es wird damit jeweils ein gegenwärtiger Zustand, etwas als gegenwärtig bestehend — eine Tatsache — behauptet. — Es erscheint aber nicht richtig, den Begriff der Tatsache nur auf die Gegenwart beschränken zu wollen. Dieses Bestreben findet man auch nur höchst vereinzelt. Man wird vielmehr sagen können: „Tatsache ist alles, was als Ereignis in die Wirklichkeit getreten ist, und alles, was wirklich vorhanden ist, also alles Geschehene und alles Seiende" [1]). „Tatsache ist etwas, was feststeht, etwas, von dessen Wirklichkeit wir auf Grund eigener Erfahrung oder unbezweifelter Wissenschaft anderer überzeugt sind" [2]). Nach Frank ist „Tatsache alles, was wahrnehmbar oder ein Zustand oder ein Ereignis" [3]). Es gibt vergangene und gegenwärtige Tatsachen. Es ist gleichgültig, ob die Tatsache noch besteht oder ob sie der Vergangenheit angehört [4]). So wird der Veranstalter unseres Glücksspiels auch eine Tatsache behaupten, wenn er sagt, mit den Würfeln im Beutel habe Napoleon schon gespielt; denn er sagt damit, daß es sich tatsächlich einstmals so zugetragen habe, wie er heute angebe. Und genau so behauptet er eine Tatsache, wenn er sagt, er selbst habe die Würfel in den Beutel gefüllt; denn er stellt damit auf, daß das wirklich von ihm getan worden sei, daß sich dies „ereignet" habe, und damit in die Welt der wirklichen Geschehnisse getreten sei.

---

1) Heilbronner, S. 6.
2) Reymann, S. 4.
3) Frank, § 263 Anm. II 1.
4) so auch Allfeld, S. 471; Olshausen, § 263 Anm. 6; RGStr. 24/387.

β). Zukünftige und innere Tatsachen: Eine andere Frage wirft sich auf, wenn der Verwalter der Einsätze verspricht, er werde nach beendigtem Spiel an die Gewinner die zugesagten Prämien auszahlen. Liegt in diesem Versprechen einer zukünftigen, bedingten Leistung ebenfalls die Behauptung einer Tatsache?

Diese Frage scheint zusammenzufallen mit der anderen, ob auch „zukünftige Tatsachen" denkbar sind. Die These, die das Vorhandensein von zukünftigen Tatsachen wahr haben will, ist abzulehnen. Reymann führt hierzu sehr richtig aus: „Die Ansichten derjenigen, welche auch zukünftige Dinge als Tatsachen erachten, sind nicht stichhaltig. Wenn man aber trotzdem auch gelegentlich von zukünftigen Tatsachen spricht, so ist dabei nur von etwas die Rede, was voraussichtlich einmal Tatsache sein wird; eine Tatsache liegt aber in solchen Fällen noch nicht vor, ebensowenig wie ein zukünftiges Ereignis, ehe es sich ereignet hat, ein Ereignis ist" [5]) [6]). Es scheint also tatsächlich, als ob ein Versprechen, in Zukunft etwas leisten zu wollen, keine Tatsache enthielte. Wird doch lediglich etwas zugesagt, was in Zukunft einmal Tatsache werden soll. Der Gewinner soll, wenn er gewonnen hat, etwas erhalten. Erst im Augenblick der tatsächlichen Vermögensübertragung scheint das Versprechen ein in die Wirklichkeit getretenes Ereignis und damit eine Tatsache zu werden. Daß dem nicht so ist, werden die folgenden Ausführungen zeigen.

Mit der Frage der künftigen Tatsachen steht nämlich eine andere in sehr engem Zusammenhang, das ist die Frage, ob neben äußeren auch

innere Tatsachen

denkbar sind. Es bliebe also zu prüfen, ob die Erklärungen einer Person, sofern sie sich nur auf ihre innere Einstellung, also ihre Gedanken, Ansichten, Ueberzeugungen beziehen, auch als Tatsachen zu werten sind. — Es stehen zweifellos die innere und die künftige Tatsache gedanklich in Zusammenhang, und „man wird besonders dann zu der Folgerung gelangen, daß auch etwas künftiges Tatsache sein könne, wenn man die Frage, ob eine Absicht, ein Wille eine Tatsache bilde, nicht auseinanderhält" [7]). — Als zu den äußeren Tatsachen gehörig haben wir oben zusammengefaßt „nicht nur alle in der Körperwelt vorhandenen Erscheinungen, mit den Sinnen äußerlich wahrnehmbare Zustände und Eigenschaften einer Sache oder einer Person,

---

5) Reymann, S. 6.
6) Reymann vertritt die herrschende Ansicht, wie sich aus Anm. 4 ergibt.
7) Heilbronner, S. 9.

sondern auch nur mittels logischer Operationen zum Bewußtsein gelangte Verhältnisse, soweit diese Dinge eine selbständige, von dem Willen und dem Gedanken eines Einzelnen unabhängige, erkennbare Existenz haben" [8]). Während es sich bei den inneren Tatsachen um „Vorgänge im Innern des Menschen" [9]) dreht, handelt es sich bei den äußeren Tatsachen um „Vorgänge der sinnlich wahrnehmbaren Außenwelt" [8]). Als die häufigst wiederkehrenden inneren Tatsachen bezeichnet Frank die Behauptung, etwas zu wissen oder die Erklärung, einen bestimmten Willen, eine bestimmte Absicht zu haben [10]). Für das Gegebensein einer inneren Tatsache „kommt es immer auf den Aussagenden an. Wer etwas Tatsache nennt, behauptet, daß es für ihn feststehe, daß er von der Wirklichkeit des betreffenden Umstandes überzeugt sei, ohne Rücksicht darauf nehmen zu müssen, ob allgemein das Vorhandensein dieses Umstandes bekannt sei" [11]). Sehr eingehend betrachtet Olshausen das Kapital der inneren Tatsachen. Er führt aus: „Die Frage, ob eine Tatsache i. S. des § 263 RStGB vorliege, ist bestritten, soweit es sich um Tatsachen handelt, die in der Person des Täuschenden selbst liegen. Allein, wenn jemand behauptet, daß er in Beziehung auf gewisse Verhältnisse die oder die Absicht habe, daß er bei seinem Handeln eine bestimmte Absicht ausführen werde, daß — was damit oft gleichbedeutend ist — sein Handeln ernst gemeint sei, so liegt darin durchweg die Behauptung einer bei ihm selbst vorliegenden Tatsache. Er spricht nicht nur eine persönliche Auffassung aus (die nicht als Tatsache zu werten wäre), sondern behauptet, daß sie bei ihm vorhanden sei". Und nun fährt Olshausen weiter, indem er das von uns oben gewählte Beispiel erläutert: „Bei der Behauptung einer — in Wirklichkeit nicht vorhandenen — Zahlungsabsicht z. B. handelt es sich nicht mehr um eine ausschließlich in die Zukunft fallende Täuschung, sondern um etwas Gegenwärtiges. Der Betreffende behauptet, jetzt die Absicht zu haben, in Zukunft etwas Bestimmtes zu tun. Er behauptet also etwas Gegenwärtiges und nicht etwas Zukünftiges und damit zugleich eine Tatsache" [12]). Die von Olshausen hier vertretene Ansicht kann nur gebilligt werden. Der hier klargelegte Begriff der Tatsache wird z. B. auch von Allfeld vertreten, wenn er sagt: „Tatsache ist etwas, was in Gegenwart oder Vergangenheit besteht, bestanden hat, geschehen ist oder nicht geschehen ist, wohin nicht nur Tatsachen im engeren Sinne, sondern

8) Heilbronner, S. 9.
9) Reymann, S. 6.
10) Frank, § 263 Anm. II 1 b.
11) Reymann, S. 7.
12) Olshausen, § 263 Anm. 9.

auch Rechtsverhältnisse und nicht nur äußere Tatsachen, sondern auch Tatsachen der Gedankenwelt, also die Ansichten, Beweggründe und Absichten von Personen gehören, und zwar auch die des Täters selbst, insbesondere bei Abschluß von Verträgen die Erfüllungsabsicht des Täters" [13]) [14]).

Wenn der Verwalter der Einsätze, der Bankhalter, zu Beginn des Spiels erklärt, er werde zum Schluß die Gewinne ordnungsmäßig auszahlen, so behauptet er eine Tatsache. Und ebenso ist es, wenn ein Spieler verspricht, den Einsatz, den er nicht sofort leisten kann, nachzubezahlen, oder wenn er sich bereit erklärt, zunächst einmal für 20 Runden mitzuspielen. In allen Fällen muß angenommen werden, daß der Erklärende den Willen, den er erklärt, auch wirklich hat, daß die Absicht, von der er spricht, tatsächlich vorhanden, also eine Tatsache ist.

γ). Werturteile als innere Tatsachen: Nach herrschender Ansicht ist das eben Gesagte aber nicht so auszulegen, als ob man nun jede, von irgend jemand aufgestellte Behauptung als Tatsache bezeichnen dürfte. Besonders beim Kartenspiel oder sonst bei Spielen des täglichen Lebens kommt es vor, daß jemand von sich behauptet, er sei ein „schlechter" oder „guter" Spieler. Zu der Frage, ob in einer solchen Erklärung die Behauptung einer Tatsache zu erblicken sei, hat das Reichsgericht ausführlich Stellung genommen [15]). Es war folgender Fall zu entscheiden:

Der Angeklagte hatte behauptet, ein besserer Strafrechtsverteidiger zu sein als ein gewisser Rechtsanwalt. Das Reichsgericht hat verneint, daß der Angeklagte mit dieser Aufstellung eine Tatsache behauptet habe. Es führt aus: „Es handelt sich hier nicht darum, daß der Angeklagte irgendwelche gegenwärtigen Verhältnisse oder der Vergangenheit angehörige Geschehnisse oder Behauptungen, wie sie den Begriff der äußeren Tatsache erfüllen, angegeben hat, auch nicht darum, daß er in Beziehung auf die zur Frage stehende Strafsache eine ihm nicht innewohnende Absicht (eine innere Tatsache) behauptet hat, sondern darum, daß er sich den Leuten gegenüber die Fähigkeit zugeschrieben hat, Dienste in der Strafsache zu leisten, die denen eines Rechtsanwalts gleichkommen. Es stellt deshalb lediglich ein Urteil in der Frage dar, das der Angeklagte über die Wirksamkeit der von ihm in Aussicht genommenen Tätigkeit, über die Bedeutung seiner Befähigung auf dem Gebiete des Strafver-

---

13) Allfeld, S. 471.
14) so auch die herrschende Meinung: Frank, § 263 Anm. II 1 b; Reymann, S. 11; Heilbronner, S. 16; RGStr. 56/228; Kohlrausch, Strafr., § 263 Anm. 2.
15) RGStr. 56/228.

fahrens fällt. Zugegeben mag werden, daß auch Urteile über eigene Befähigung hinsichtlich gewisser Tätigkeiten oder Wissensgebiete unter Umständen als innere Tatsachen gelten können; soll dies aber geschehen, dann muß dazu kommen, daß sie ihrem Inhalt nach einen greifbaren Kern enthalten, sodaß sie zugleich Behauptungen der ihnen zugrundeliegenden Tatsachen darstellen, im Gegensatz zu allgemeinen Redewendungen oder Anpreisungen." Die Ansicht des Reichsgerichs wird von der Literatur durchweg als richtig empfunden [16]). Und ihr zufolge müßte man verneinen, daß ein Spieler eine Tatsache behauptet, wenn er erklärt, er spiele schlecht oder gut. Begriffe, wie gut, schlecht gefährlich u. dergl. hätten grundsätzlich relativen Charakter. Es gäbe kein Absolutum für diese Begriffe, an denen man sie messen könne. Der Erklärende könne daher, wenn er sich als schlechten Spieler bezeichne, auch nur ein ganz allgemeines Werturteil abgeben, das an Wirklichem fast nichts enthalte. Selbst, wenn er glaube, er sei ein guter Spieler, so erkläre er eine Meinung, die zwar seiner Ueberzeugung widerspreche, allein Tatsächliches behaupte er nicht; denn welche Qualitäten und Fähigkeiten er besäße, könne nur der Wettkampf selbst erweisen. Es handle sich bei derartigen Behauptungen um „persönliche Auffassungen", die aber nicht als Tatsachen gewertet werden dürften.

Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschließen [17]). M. E. leiden die sämtlichen, über das Werturteil gemachten Ausführungen an Inkonsequenz. Zum Beweis der Richtigkeit dieser Behauptung sollen einmal die Erklärung einer Absicht und die Abgabe eines Werturteils kurz miteinander verglichen werden.

In der Erklärung einer Absicht ist — wie oben schon ausgeführt — nach allgemeiner Ueberzeugung die Behauptung einer Tatsache zu erblicken. Was tut derjenige, der erklärt, er habe die Absicht, für den Fall, daß er beim Spiel verliere, an den Bankhalter für jede Verlustpartie eine ganz bestimmte Summe

---

16) Kohlrausch, StrGB § 263 Anm. 2; § 186 Anm. 1 und die dort angeführten Entscheidungen. Frank, § 263 Anm. II 1 b; Olshausen § 263 Anm. 9.

17) Schon das Reichsgericht sagt (RGStr. 41/193; 56/228), daß unter Umständen auch Werturteile eine innere Tatsache enthalten können; dies wird man insbesondere dann annehmen dürfen, wenn der Erklärende in dem Werturteil indirekt eine Tatsache zum Ausdruck bringt und dies beabsichtigt. Das Werturteil enthält die Tatsache dann unausgesprochen. Aber es enthält sie, weil es den anderen zwingt, sich die Tatsache vorzustellen oder sie gefühlsmäßig zum Gegenstand der eigenen Gedankenoperation zu machen. Das Werturteil wird in solchen Fällen meist so viele Anhaltspunkte bieten, daß auch die herrschende Lehre in ihm die Behauptung einer Tatsache erblickt.

zu zahlen? Er bringt zum Ausdruck, daß er jetzt in dem Augenblick, da er seine Erklärung abgibt, fest entschlossen sei, im Falle des Verlustes durch Uebertragung eines genau umgrenzten Vermögenswertes eine Tatsache zu schaffen, eine im Augenblick der Erklärung schon ziemlich genau festgelegte Veränderung in der Außenwelt herbeizuführen. Damit soll er eine Tatsache behauptet haben!

Wie steht es bei der Abgabe eines Werturteils? Ein Urteil über irgend etwas läßt sich nur bilden auf Grund äußerer Tatsachen, die der Verstand gegeneinander abwägt, miteinander vergleicht, um schließlich zu entscheiden. Wer von sich behauptet, er sei ein schlechter Spieler, muß einen Maßstab haben, an dem er seine Fähigkeiten mißt. Maßstab für die eigenen Fähigkeiten kann aber nur der Wettkampf und dessen Ergebnis sein. Wer also über seine Fähigkeiten urteilt, gibt damit zu erkennen, daß er einen Maßstab besitzt, daß er schon gespielt hat und daß der Verlauf jener Partien ihn zu seinem Urteil berechtigt. Grundlage eines ungünstigen Werturteils kann einmal der Umstand sein, daß der, der sich als schlechten Spieler bezeichnet, der Mehrheit derer, denen er bis jetzt gegenübertrat, unterlegen ist. Die Tatsache, daß die Zahl derer, die mir überlegen waren, größer ist als die Zahl derer, gegen die ich gewann, läßt einen Rückschluß zu auf das, was ich leiste. Es ist, wenn jemand sich als schlechten Spieler bezeichnet, allerdings auch denkbar, daß er zwar — objektiv betrachtet — ganz gut spielt, sich seiner Fähigkeiten aber deshalb nicht bewußt wird, weil er immer nur mit, ihm weit überlegenen Gegnern zusammentrifft. Oder der Spieler ist der Ansicht, daß die Gegner, mit denen er bisher zusammenkam, auch nur sehr wenig vom Spiel verstünden und er deshalb hin und wieder Erfolg gehabt habe. Er glaubt dann eben, seine bisherigen Partner seien schlechte Spieler, an denen er seine Qualitäten nicht richtig abschätzen könne. Aus all diesen Tatsachen kann sich die Ueberzeugung bilden, daß man ein schlechter Spieler sei und diese Ueberzeugung, das Ergebnis des Vergleichs und der Abwägung der Tatsachen, soll keine Tatsache darstellen, wenigstens meistens nicht!

Worin steckt die Tatsache in der Behauptung eines Spielers, er werde nach Spielschluß für seine verlorene Partie zahlen? Es ist oben schon eingehend ausgeführt worden, daß Tatsache nur etwas Gegenwärtiges oder Vergangenes sein kann. Die Leistung, die der Spieler in Zukunft erbringen will, ist keine Tatsache. Etwas Zukünftiges kann nie eine Tatsache sein. Im Augenblick der Erklärung ist nur der erklärte Wille des Spielers das, was in der Gegenwart gegeben ist, das, womit man rechnen kann und rechnen muß; aus der Erklärung kann man

das Vorhandensein des Willens erkennen. Nur er ist im Augenblick der Erklärung wirklich da, sonst nichts. Der Inhalt der Erklärung des Spielers, etwa, er werde unter gewissen Bedingungen zahlen, ist lediglich der „greifbare Kern", aber auf keinen Fall etwas Tatsächliches; er kann höchstens in Zukunft einmal Tatsache werden. Für den Tatsachenbegriff ist dabei auch völlig gleichgültig, ob Dritte, die die Erklärung hören, selbst wenn es sie angeht, glauben oder nicht glauben, daß der behauptete Wille vorhanden sei, ob sie sein Vorliegen oder Nichtvorliegen leicht oder nur mit Mühe feststellen können, ob sie gar wissen, daß er in Wirklichkeit nicht da ist, oder ob sie dem Inhalt der Willenserklärung trauen oder nicht. Der Wille, dessen Vorhandensein behauptet wird, ist die behauptete Tatsache. Er wird es nicht erst dadurch, daß er sich mit etwas befaßt, was in Zukunft einmal Tatsache werden soll oder kann. Das ist lediglich der Inhalt der Willenserklärung. Das Vorhandensein oder das Nichtvorhandensein des Willens selbst aber ist das Tatsächliche. Wer behauptet, eine bestimmte Absicht zu haben, stellt auf, daß in ihm die behauptete geistige Einstellung tatsächlich vorhanden sei. Nicht der Inhalt ist es, der den Willen zu etwas Tatsächlichem macht, der Gedanke allein ist gegenwärtig, er ist die Tatsache. Wenn ein Gedanke behauptet wird, so hat der Erklärende entweder tatsächlich diesen Gedanken, oder er hat ihn tatsächlich nicht. Die Art des Gedankens kann unmöglich auf sein tatsächliches Vorhandensein einen Einfluß ausüben. Entweder ein Gedanke ist da — dann ist das Vorhandensein Tatsache — oder er ist nicht da — dann ist das Nichtvorhandensein Tatsache. Daß der Gedanke einen Inhalt hat, ist selbstverständlich, das macht ihn nicht erst zur Tatsache. Darauf aber abzustellen, welchen Inhalt er hat, erscheint noch abwegiger. Ist schon der Inhalt selbst nur die zwangsläufige Folge des vorhandenen Gedankens, so kann unmöglich erst die Art des Inhalts den vorhandenen Gedanken zu etwas tatsächlich Vorhandenem — zu einer Tatsache — machen. Es ist also so: Der Gedanke, die tatsächlich vorhandene innere Einstellung ist die Tatsache, und, wer behauptet, daß bei ihm die oder jene innere Einstellung tatsächlich vorliege, behauptet eine Tatsache.

Behauptet jemand, er sei ein schlechter Spieler, so bringt er damit zum Ausdruck, daß er zwischen seinen Fähigkeiten und denen anderer einen Vergleich gezogen habe und zu dem Endergebnis gekommen sei, daß er im Vergleich zu den anderen schlecht spiele. Seine Ueberlegungen haben in ihm eine Ueberzeugung wachgerufen, die er schließlich äußert. Das Ueberzeugtsein eines Menschen von einer Sache ist aber auch nichts anderes als eine Gedankenfolge, eine entweder tatsächlich vorhan-

dene oder aber, wenn die Ueberzeugung fehlt, eine tatsächlich nicht vorhandene innere Einstellung. Ob es sich nun bei dieser geistigen Einstellung dem Inhalt der Gedanken nach um einen Entschluß, in Zukunft etwas zu tun, oder um ein Resumé aus Tatsachen der Vergangenheit handelt, kann auch hier darauf, ob die behauptete innere Einstellung wirklich vorhanden, tatsächlich da — also eine Tatsache — ist, nicht den geringsten Einfluß ausüben. Nicht, welchen Inhalts die Gedanken sind, die ich ausspreche, wenn ich meiner Ueberzeugung Ausdruck verleihe, kann Einfluß haben darauf, ob die geäußerte Ueberzeugung eine Tatsache ist. Die Frage ist allein, ob der Gedanke, die Ueberzeugung, wirklich da ist. Ist er da, so ist sein bloßes Dasein Tatsache. Die Behauptung, ich hätte die und die Ueberzeugung, setzt das wirkliche Vorhandensein der Ueberzeugung voraus. Die vorhandene Ueberzeugung ist eine Tatsache. Die Behauptung des Vorhandenseins der Ueberzeugung und damit die Behauptung des Ueberzeugtseins oder Nichtüberzeugtseins enthält die Behauptung einer Tatsache.

Wer behauptet, er sei ein schlechter Spieler, sagt allerdings dem Wortlaut nach nicht: Ich bin überzeugt, daß ich ein schlechter Spieler bin. Aber wozu auch? Die Behauptung, etwas sei so oder so, enthält stets schon in sich geschlossen die Erklärung, natürlich nach meiner Ueberzeugung. Stelle ich eine Behauptung auf, so muß man vermuten, daß zum wenigsten ich von ihr überzeugt bin; denn wozu stelle ich sonst die Behauptung auf? Entspricht das, was ich behaupte, nicht meiner Ueberzeugung, so muß ich es ausdrücklich erklären, anderenfalls ich mir gefallen lassen muß, daß man meine Aeußerung für den Ausdruck meiner Ueberzeugung hält. Wer also sagt, er sei ein schlechter Spieler, sagt, er sei überzeugt davon, daß er schlecht spiele, daß die Ueberzeugung in ihm feststehe. Er spricht damit eine Tatsache aus.

Wer eine Absicht als Tatsache gewertet wissen will, wird daher nicht umhin können, auch die Ueberzeugung als solche zu betrachten. Zugegeben wird freilich, daß es in der Praxis oft unmöglich sein wird, nachzuweisen, daß der Täter bei einem Werturteil über sich selbst etwas erklärte, was seiner tatsächlichen, inneren Einstellung nicht entsprach. Allein, das kann an der Erkenntnis nichts ändern, daß das erklärte Werturteil eine Tatsache im Rechtssinne ist.

Zusammenfassend sei noch einmal festgestellt: Zu dem Begriff „Tatsache“ des § 263 RStGB gehören innere und äußere Tatsachen; zukünftige Tatsachen gibt es nicht.

In unserem obigen Falle behauptet also beispielsweise eine Tatsache, wer angibt, daß das Spiel den dort aufgeführten Spiel-

regeln entsprechend gespielt werden müsse; wer behauptet, er habe es vor Jahren einmal gespielt, da seien die Spielregeln andere gewesen. Der Bankhalter behauptet eine Tatsache mit der Erklärung, die Chancen beim Spiel seien für ihn selbst und alle übrigen Beteiligten völlig gleich, oder er werde auf jeden Fall die Gewinne auszahlen. Der Veranstalter behauptet eine Tatsache mit der Versicherung, die Würfel seien ungefüllt oder ¼ aller Würfel trage statt der „1" eine zweite „6", oder die von ihm über die Zahl der gewürfelten Augen gemachten Notizen entsprächen den Ergebnissen der Würfe. Und der Spieler behauptet eine Tatsache, der sagt, er habe zwar im Augenblick kein Geld bei sich, wolle aber gleichwohl am Spiele teilnehmen und den eventuellen Verlust in einigen Tagen zahlen.

Das Gesetz verlangt in § 263 RStGB, daß eine falsche Tatsache vorgespiegelt oder eine wahre unterdrückt werde. Eine „falsche Tatsache" scheint auf den ersten Blick ein Widerspruch in sich selbst. Eine Tatsache, etwas Wirkliches, etwas Wahres, kann nicht falsch sein. Es ist denn auch nicht bestritten, daß der Ausdruck „falsche Tatsache" ein gesetzliches Paradoxon ist, während die „wahre Tatsache" nur einen Pleonasmus darstellt [18]. Der Gesetzgeber hat, um auf jeden Fall richtig verstanden zu werden, diesen etwas unglücklichen Ausdruck gewählt. Er kann jedoch nur dahin verstanden werden, daß er sagen soll: „Falsch sei eine Tatsache dann, wenn sie der Wahrheit nicht entspreche" [19]. Eine „falsche Tatsache" behauptet also, wer fälschlich behauptet, daß etwas Tatsache sei [20]. Schon die Ausdrücke „vorspiegeln" und „unterdrücken" müßten genügen, um den Willen des Gesetzes zum Ausdruck zu bringen, nur um ja klar zu sein, wurden die Beifügungen hinzugesetzt.

2. Das Vorspiegeln, Entstellen und Unterdrücken von Tatsachen.

Das Vorspiegeln falscher Tatsachen: In unserem obigen Glücksspielbeispiel ist der Fall denkbar, daß der Veranstalter behauptet, es befänden sich in dem Beutel eine ganz bestimmte Anzahl Würfel oder ¼ der Würfel trage die doppelte „6", obwohl er im ersten Fall keine Ahnung davon hat, wie groß die Zahl der Würfel etwa sein könne, im zweiten ganz genau weiß, daß nicht ¼, sondern ½ der Würfel die doppelte „6" zeigt. Beide Male spiegelt der Veranstalter etwas als Tatsache vor, was in Wahrheit gar keine Tatsache ist; er spiegelt eine falsche Tatsache vor.

---

18) Olshausen, § 263 Anm. 5.
19) Frank, § 263 Anm. III 1.
20) Reymann, S. 16.

Das Vorspiegeln falscher Tatsachen setzt ein Handeln voraus, ein bloßes Untätigbleiben genügt nicht [1]). Der Betrüger muß entweder eine Behauptung aufstellen, irgendeine Erklärung abgeben, oder er muß durch irgendeine Handlung in konkludenter Weise zum Ausdruck bringen, daß etwas sich so oder so verhalte, daß das oder jenes Tatsache sei. Auch Frank steht auf dem Standpunkt, daß die Vorspiegelung durch schlüssige Handlungen erfüllt werden könne. Er führt als Beispiel an, daß im Bestellen einer Ware die Behauptung liege, zu ihrer Bezahlung imstande zu sein [2]). Geht man im unserem Glücksspielfall davon aus, daß die Abrechnung am Schluß des gesamten Spiels erfolgt, so spiegelt demnach die Person eine falsche Tatsache vor, die sich am Spiel beteiligt, ohne einen Pfennig Geld zu besitzen; denn sie bringt durch die bloße Teilnahme zum Ausdruck, daß sie die Spielbedingungen kenne und sich ihnen unterwerfen wolle und daß sie auch imstande sei, die sich aus dem Spiel für sie evtl. ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen. Sie gibt so durch konkludente Handlung zu erkennen, daß sie im Falle des Verlusts den Einsatz bezahlen wolle und dazu imstande sei. Sie spiegelt also vor, daß sie hierfür über das nötige Geld verfüge, eine Tatsache, die in Wirklichkeit nicht vorliegt. Diese Ansicht teilt auch Olshausen. Die Vorspiegelung kann seiner Meinung nach eine unmittelbare oder eine mittelbare sein, beides durch mündliche, schriftliche oder sonst wahrnehmbare Aeußerungen. Mittelbar sei eine Aeußerung dann, wenn sie sich aus dem Zusammenhang, namentlich wenn sie sich aus den Umständen ergebe [3]). Die Vorspiegelung ist das bewußte Behaupten einer falschen Tatsache; sie kann ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen geschehen [4]).

Wesentlich ist, daß die behauptete Tatsache falsch ist, daß sie der Wahrheit nicht entspricht. Gleichgültig ist, ob sie der Wahrheit überhaupt entsprechen kann. So könnte z. B. die Möglichkeit des Hexens vorgespiegelt werden, etwa, wenn ein Spieler behauptet, er vermöchte durch magische Kräfte den in Wirklichkeit mit Blei gefüllten Würfel so zu beeinflussen, daß er meist wunschgemäß zu seinen Gunsten falle. Auch das ist Vorspiegelung einer falschen Tatsache [5]). Von Bedeutung ist allerdings, ob der Vorspiegelnde selbst die Wahrheit kennt. Ist er von der Richtigkeit dessen, was er sagt, überzeugt, so fehlt es am Begriff der Vorspiegelung. Aber auch der spiegelt eine falsche

1) Olshausen § 263, Anm. 11 c α.
2) Frank, § 263, Anm. II 1.
3) Olshausen, § 263 Anm. 10 b.
4) Allfeld, S. 472; RGSt 42/147; 45/106.
5) Frank, § 263 Anm. II 1.

Tatsache vor, der etwas mit Bestimmtheit behauptet, obwohl er die Möglichkeit ins Auge faßt, die von ihm behauptete Tatsache könne unrichtig sein. So spiegelt in unserem Falle der, der behauptet, genau so und so viele Würfel befänden sich im Beutel und 1/4 davon trage die doppelte 6, dann eine falsche Tatsache vor, wenn er innerlich von seiner Behauptung doch nicht so ganz überzeugt ist, vielmehr daran denkt, er könne sich vielleicht auch im Irrtum befinden, es könne vielleicht eine Verwechslung vorliegen. Erklärt er seine Meinung unbedingt, während er in Wahrheit Zweifel hegt, und waren die Zweifel begründet, entsprach die Behauptung nicht der Wirklichkeit, so spiegelt er etwas vor. Olshausen weist darauf hin, daß auch dort eine Täuschung vorliege, „wo der Behauptende eine unbedingte Absicht, z. B. seine Verbindlichkeit zu erfüllen, vorspiegelt, während er in Wirklichkeit nur die Absicht hat, unter bestimmten Voraussetzungen, deren Eintritt er als möglich annimmt — also bedingt nicht — zu erfüllen. Hier ist das Vorhandensein einer unbedingten Absicht dasjenige, was als Tatsache vorgespiegelt wird. Der Täter rechnet nicht etwa damit, daß die Absicht fehlt, sondern er weiß, daß sie nicht vorhanden ist, sein Vorsatz ist also ein unbedingter, kein bedingter [6]).

Trifft die Tatsache, die der Täter behauptet, zu, so hat er natürlich keine falsche Tatsache vorgespiegelt. Er hat nur etwas anders dargestellt, als er glaubte, daß es sich in Wirklichkeit verhalte, er hat etwas vorzuspiegeln versucht. Anders ist dies jedoch, wenn der Täter erklärt, er habe von dem oder jenem eine bestimmte Kenntnis oder Ueberzeugung. Hier wird nicht die Tatsache als solche behauptet, sie mag der Erklärung des Täters entsprechen. Maßgeblich ist hier, ob der Täter die behauptete Kenntnis besitzt oder nicht. Liegt sie nicht vor, dann muß ein Vorspiegeln angenommen werden [7]).

Was das „Vorspiegeln" als solches anlangt, so hat Reymann m. E. Recht mit der Ansicht, daß es gleichgültig sei, ob der Täter eine Tatsache nur einfach ableugnet oder behauptet, somit sich einer bloßen Lüge bedient, ohne weitere Beweise für die Richtigkeit seiner Behauptung anzuführen, oder ob er sich „arglistiger Kunstgriffe" bedient [8]). Eine bloße Lüge, soweit sie die Behauptung einer Tatsache enthält, muß als Vorspiegelung einer falschen Tatsache i. S. des § 263 angesehen werden, ohne daß es zur Stützung der erlogenen Angabe noch besonderer Ausführungen bedürfe. Wenn der Veranstalter sagt: Die Würfel sind

---

6) Olshausen, § 263 Anm. 10 1 a.
7) Olshausen, § 263 Anm. 10 a.
8) Reymann, S. 24.

nicht gefüllt, obwohl er das Gegenteil genau weiß, so spiegelt er mit dieser Erklärung genau so eine falsche Tatsache vor, wie wenn er sich noch auf die Herren X und Y als Zeugen bezieht und, um seine Mitspieler ganz sicherzumachen, hinzufügt: Sollte es jemand nicht glauben, so können wir ja einmal eine Probe machen und einen unversehrten Würfel öffnen. Derartiges Verhalten könnte in geeignetem Zusammenhang u. U. dem Richter eher die Handhabe zur Anwendung des neuen 4. Absatzes des § 263 RStGB bieten, weil es als besonders arglistiges Verhalten angesehen werden kann. Jedenfalls muß auch meiner Ansicht nach eine bloße Lüge für die Anwendbarkeit des § 263 RStGB genügen.

Das Unterdrücken wahrer Tatsachen: Die herrschende Lehre verlangt, daß auch bei der Unterdrückung wahrer Tatsachen eine Handlung, ein positives Tun des Täters gegeben sein müßte [9]). Die Handlung müsse darauf berechnet sein, gewisse Tatsachen der Kenntnisnahme des anderen zu entziehen, zu verhindern, daß der andere von ihnen etwas erfährt. Eine Handlung auf Seiten des Täters hält man schon allein aus dem Grund für erforderlich, weil ohne dieses Tätigwerden die zu täuschende Person an der Benutzung der wahren Tatsache nicht gehindert werde. Die Unterdrückungshandlung muß, wie gesagt, nur den Zweck haben, „irgendwelche Verhältnisse der Kenntnis eines anderen zu entziehen. Wenn daher jemand eine Handlung vornimmt, um einem anderen Erscheinungen der Körperwelt zu verdecken, wenn jemand durch Versprechen oder Drohungen eine, jemand von Seiten eines Dritten bevorstehende Aufklärung hintanzuhalten strebt, so liegt eine Unterdrückung wahrer Tatsachen oder doch ein Versuch hierzu vor" [10]). Auch durch konkludente Handlungen kann nach allgemeiner Ansicht ein Unterdrücken wahrer Tatsachen erfolgen. Selbst mangelhafte Erklärungen können u. U. zur Erfüllung des Tatbestandes ausreichen. — Wiewohl die herrschende Lehre das Vorliegen der Unterdrückung wahrer Tatsache an eine ganze Reihe von Voraussetzungen knüpft und eine Anzahl bestimmter Erkennungsmerkmale aufzustellen sucht, ist sie sich keineswegs darüber klar, wo man die Trennungslinie zwischen der Vorspiegelung falscher und der Unterdrückung wahrer Tatsachen zu ziehen habe. Es wird die Meinung vertreten, daß dem Gesetzgeber bei Aufstellung dieses Gesetzabschnitts eine Tautologie unterlaufen sei. Von den Anhängern dieser Richtung wird darauf hingewiesen, daß das Vorspiegeln falscher und das Unterdrücken wahrer Tatsachen

9) so Olshausen, § 263 Anm. 13a; Frank, § 263 Anm. III 3; Reymann, S. 24; Allfeld, S. 472.
10) Heilbronner, S. 19.

ein und dasselbe sei, da durch jede unterdrückte Tatsache irgend etwas vorgespiegelt und durch die Vorspiegelung jeweils die Wahrheit unterdrückt werde. Die meisten Schriftsteller suchen einen Unterschied festzustellen und führen zur Begründung aus: Während bei der Vorspiegelung falscher Tatsachen die Gesamtheit der einzelnen für den Erfolg erheblichen Umstände im wesentlichen so dargestellt wird, wie es der Wirklichkeit entspricht, aber neue, der Phantasie des Betrügers entsprungene Momente hinzugefügt werden, werden bei der Unterdrückung wahrer Tatsachen die tatsächlich vorliegenden Umstände selbst im wesentlichen anders dargestellt, eine Hinzufügung neuer Momente unterbleibt aber im wesentlichen [11]. Heilbronner steht auf dem Standpunkt, daß die Unterdrückung einer wahren Tatsache nur ein Teilgebiet des Oberbegriffs der Vorspiegelung einer falschen Tatsache darstelle. Möge ihr auch eine gewisse Priorität zukommen, möge der Oberbegriff hin und wieder etwas zurücktreten, völlig selbständig werde sie nie [12]. Besonders interessant wird die Frage zwischen dem Vorspiegeln einer falschen und dem Unterdrücken einer wahren Tatsache in den Fällen des

bloßen Schweigens.

Zunächst müssen wir hier die Frage prüfen, ob das bloße Schweigen, also das völlige Untätigbleiben, überhaupt eine Täuschungshandlung enthält, sei es eine Vorspiegelung oder, was in der Literatur mehr Beifall findet, eine Unterdrückung. Wenn einer der Mitspieler in unserem obigen Falle weiß oder merkt, daß ein anderer Spielpartner einen Würfel zieht, der mit Blei gefüllt, also gefälscht ist, und schweigt, spiegelt er dann dem anderen etwas vor oder „unterdrückt er etwas vor ihm"? Wäre es anders, wenn ein unbeteiligter Dritter die Fälschung merken und schweigen würde? Müssen besondere Umstände vorliegen, wenn das Schweigen als eine Täuschungshandlung i. S. des Betrugstatbestandes gewertet werden soll? Frank meint, von der allgemeinen Ansicht dürfe auch hier nicht abgewichen werden. Bei bloßem Schweigen fehle es an der Tätigkeit, bloßes Untätigsein genüge aber keinesfalls zur Erfüllung des Tatbestandes [13]. Auch Olshausen erklärt, ein bloßes Schweigen könne keine Unterdrückung sein [14]. Es müßten besondere Umstände vorliegen, wenn es als Täuschungshandlung angesehen werden soll. Heilbronner geht davon aus, daß die Frage, ob ein Unterdrücken wahrer Tatsachen durch Schweigen stattfin-

11) Reymann, S. 24.
12) Heilbronner, S. 43.
13) Frank, § 263 Anm. II 3.
14) Olshausen, § 263 Anm. 13 b.

den könne, nicht aus dem Begriff des Unterdrückten selbst zu erledigen sei, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über die Begehung von Kommissivdelikten durch Unterlassung geprüft werden müsse [15]. Im Verfolg dieser Gedanken kommt er zu dem Ergebnis: Eine Unterlassung sei nur dann strafbar, wenn ihr positives Tun vorausgegangen sei, das mit dem verbrecherischen Erfolg in Kausalzusammenhang steht. Zu dieser Ansicht könne man deshalb kommen, weil ein bloßes Unterlassen, ein rein negatives Verhalten, nie eine Aenderung in der Außenwelt bewirke, also nie eine Ursache bilden könne. Nur wenn das Schweigen mit einem vorausgegangenen oder gleichzeitigen Tun zusammen als eine Handlung angesehen werden könne und durch die mitverknüpfte positive Tätigkeit ein Einfluß auf den Irrtum des Beschädigten ausgeübt worden sei, sei Kausalzusammenhang vorhanden und könne von Betrug durch Unterdrückung gesprochen werden [16]. Diese Lösung hat keinen Beifall gefunden. Reymann will einen Kausalzusammenhang bei bloßem Schweigen nur dann als gegeben erachten, wenn der Schweigende den Erfolg voraussah [17]. Auch diese Ansicht stößt auf Ablehnung. Man geht vielmehr davon aus, daß ein bloßes Schweigen eine Täuschungshandlung grundsätzlich nicht darstelle; anders sei es nur, wenn eine Pflicht zum Reden bestehe. Woraus läßt sich diese Pflicht folgern, welches sind ihre Merkmale, wie läßt sie sich abgrenzen? Daß die allgemeine Pflicht zur Wahrheitsangabe eine solche Pflicht nicht darstellen könne, ist allenthalben anerkannt [18]. Im Gegensatz zur allgemeinen oder abstrakten Pflicht zur Wahrheitangabe wird eine besondere Zwangs- oder Rechtspflicht verlangt, deren Nichterfüllung Betrug begründen könnte [19]. Wann liegt eine solche Zwangs- oder Rechtspflicht vor? Reyman untersucht, ob der Rahmen dieser Rechtspflicht evtl. aus §§ 157, 242 BGB im Zusammenhang mit §§ 138, 826 BGB zu gewinnen sei. Aber aus diesen Gesetzesstellen des bürgerlichen Rechts läßt sich, wie er auch meiner Ansicht nach richtig feststellt, nur folgern, daß zwar das Handeln gegen die guten Sitten verboten ist, nicht läßt sich aus ihnen die Pflicht ableiten, sich stets so zu verhalten, wie es die guten Sitten verlangen. Die Eingehung jeden Vertrags oder u. U. auch nur die einseitige Erklärung im Hinblick auf den Vertragsabschluß legt jedoch dem Erklärenden außer

15) Heilbronner, S. 19.
16) Heilbronner, S. 22.
17) Reymann, S. 28.
18) Frank, § 263 Anm. II 3; Olshausen § 263 Anm. 14; Allfeld S. 472; Froeschmann, S. 51.
19) so auch RGStr. 46/414; 65/211.

den der jeweiligen Vertragsart eigentümlichen, im Gesetz normierten Pflichten die allgemeine, jedes Rechtsgeschäft betreffende Pflicht auf, nichts gegen die guten Sitten Verstoßendes zu tun, vielmehr sich so zu verhalten, wie der andere nach Treu und Glauben erwarten kann. Ein Verstoß gegen diese im Vertrag festgelegten Regeln bildet daher ein Moment, das einen Vertragsbruch und damit eine Täuschungshandlung darstellt [20]). Ein Nichtreden wäre demnach dann dem Reden gleichwertig, wenn der Getäuschte berechtigt war, das Reden zu erwarten, wenn eine Verpflichtung bestand, die auch in geschäftlichen Gewohnheiten begründet sein kann [21]). Mit der eben vorgetragenen Meinung stellen wir uns auf den Boden der herrschenden Lehre. Sie verlangt, daß ein Vertragsverhältnis vorliegen müsse oder doch in Aussicht genommen sei, soll ein Schweigen von Bedeutung werden können. Das bloße Schweigen allein kann natürlich keine rechtliche Bedeutung erlangen. Es gilt nur dann als Unterdrückung einer wahren Tatsache und genügt so dem Tatbestand des Betrugs, wenn es mit einem positiven Handeln in Verbindung tritt, welches mit der Täuschung — sei es Irrtumserregung oder Unterdrückung — in Kausalzusammenhang steht. Nicht aber die kausal wirkende Handlung, sondern die Rechtspflicht, etwas zu tun, bildet das Kriterium für die Frage, ob durch die Unterlassung ein Delikt verübt werden könnte. Eine Rechtspflicht zum Handeln ist nicht überall dort gegeben, wo als Folge des Nichthandelns eine Rechtsverletzung eintreten würde, sondern nur da, wo entweder durch das Gesetz selbst ein Handeln vorgeschrieben ist, oder wo aus dem vorausgegangenen Tun für den Unterlassenden selbst eine Pflicht zur Vornahme der Handlung besteht. Dieser Meinung ist auch Frank. Nach seiner Ansicht kann eine Unterdrückung durch Unterlassen begangen werden, also auch durch Verschweigen, nämlich dann, wenn eine Verpflichtung zur Mitteilung vorliegt. Diese Verpflichtung müsse aber eine rechtliche sein, eine nur moralische genüge nicht. Sie liege insbesondere dann vor, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimme oder im Fall der ausdrücklichen Uebernahme der Verpflichtung durch Vertrag oder sonst [22]). Allfeld rechnet das Unterlassen ebenfalls dem Unterdrücken wahrer Tatsachen bei, und zwar hält er das Unterlassen für rechtserheblich, soweit dies nach allgemeinen Grundsätzen als ursächlich für einen Erfolg anzusehen sei, soweit also eine Rechtspflicht zum Handeln bestehe. Diese Verpflichtung sei mitunter im Gesetz unmittelbar begründet, ergebe sich aber nicht von selbst

---

20) Reymann, S. 34–36.
21) so auch Heilbronner, S. 29.
22) Frank § 263 Anm. II 3.

daraus, daß sich an die Verschweigung einer Tatsache Rechtsfolgen anderer Art knüpfen [23]). Auch Olshausen schließt sich der herrschenden Meinung [24]) an und erwähnt als besonderen noch den Fall, in dem ein Schweigen dadurch zum Unterdrücken einer wahren Tatsache werde, daß eine Vorspiegelung vorangegangen sei; dann träfen beide Mischtatbestände zusammen. In diesem Zusammenhang ist eine Entscheidung des Reichsgerichts interessant, auf die Olshausen ebenfalls verweist, in der der Gerichtshof eine Unterdrückung wahrer Tatsachen darin sah, daß ein Spieler verschwieg, daß er den Ausgang des Spiels, das von den Mitspielern als Glücksspiel angesehen wurde, irgendwie durch seinen Willen bestimmen könne [25]). Es ist hierbei nicht erforderlich, daß vor Spielbeginn eine Diskussion über die Spielregeln erfolgte, wobei eine Vorspiegelung erfolgen könnte. Gleichgültig ist auch, ob die Mitspieler von Anfang an glauben, es handele sich um ein Glücksspiel, oder ob erst der Spielverlauf diese Ansicht in ihnen wachrief. Ohne Bedeutung ist auch, ob der, der Bescheid weiß, den irrigen Glauben durch besondere Manipulationen in ihnen zu erwecken oder zu unterhalten, suchte oder nicht. Es genügt für die Täuschungshandlung, wenn der Gegenspieler merkt, daß sich seine Partner über den Charakter des Spiels im unklaren sind, daß sie das Spiel irrigerweise für ein Glücksspiel halten und daß er schweigt, sie in ihrem irrigen Glauben beläßt und mit ihnen weiter spielt. Die Offenbarungspflicht wird hier aus dem Spiel hergeleitet. Bei einem Geschicklichkeitsspiel wird sich daher der Spieler, der das Spiel „kann", immer einer Täuschungshandlung schuldig machen, wenn er mit andern spielt, von denen er weiß, daß sie das Spiel für ein Glücksspiel halten, weil sie es nicht „können". Diese Regeln sind anwendbar in allen Fällen des erlaubten Spiels, nicht aber ohne weiteres auch dann, wenn es sich um ein strafbares, ein verbotenes Glücksspiel handelt. Denn hier ist gemäß § 134 BGB der dem Spiel zugrunde liegende Vertrag nichtig. Er könnte deshalb

---

23) Allfeld, S. 472, 473. Dieselbe Auffassung vertritt auch Froeschmann, S. 52.

24) Olshausen, § 263 Anm. 14, insb. Anm. 14 I g.

25) Eine ähnliche Ansicht drückt das Reichsgericht in E. 18 im 66. Bde. aus, wenn es aufstellt, daß bei Vertragsverhältnissen bei einer Entscheidung darüber, was verschwiegen werden dürfte, und was offenbart werden müsse, auch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Rechtspflicht bestehen könne, wobei gleichzeitig dargelegt wird, daß die Absicht einer Person eine Tatsache sein könne und bei Vorspiegeln einer Absicht, die sie in Wirklichkeit nicht habe, sowie dann, wenn man eine Absicht verschweige, die zu offenbaren man verpflichtet sei, es sich um Vorspiegelung einer falschen bezw. um Unterdrückung einer wahren Absicht handele. RGSt 66/56.

auch den Schweigenden nicht zur Offenbarung verpflichten, da er ja gar keine Rechtswirkungen hat. Diese Folgerung erscheint unbillig. Die Parteien wollen den Vertrag; sie wollen sich bewußt seinen Folgen und Auswirkungen unterwerfen. Sie wollen es so angesehen wissen, als ob der Vertrag in allen Stücken gültig wäre. Die Parteien fühlen sich als Vertragsparteien und sollen auch darnach behandelt werden. Warum soll man ihnen den Schutz eines Paragraphen zubilligen, den sie bewußt umgehen, den sie hinsichtlich jedes übrigen Punktes des Vertrages nicht in Anwendung bringen und gebracht wissen wollen? Wohl enthält § 134 BGB eine selbständige, gegen den Willen der Parteien bindende Vorschrift. Der Vertrag ist und bleibt nichtig ohne Rücksicht auf das, was die Parteien wollen. Natürlich kann jede von ihnen den nichtigen Vertrag erfüllen. Tut sie es nicht, so kann sie hierzu niemand zwingen. Im Falle des Glücksspiels wollen die Parteien den Vertrag, obwohl sie wissen, daß er nichtig ist. Sie wollen sich den Bedingungen des Vertrages unterwerfen und müssen deshalb auch die sich aus ihm ergebenden Pflichten übernehmen. Es würde sonst das Gesetz die Möglichkeit bieten, den Tatbestand eines Strafgesetzes zu verwirklichen, ohne daß dem Täter die Begehung der Tat angerechnet werden könnte. Das ist nicht der Wille des Gesetzes. Man wird auch in einem solchen Falle bejahen müssen, daß für den Schweigenden die Rechtspflicht bestand, das Verschwiegene zu offenbaren. Nach der bisher herrschenden Ansicht stellt also das bloße Schweigen eine Täuschungshandlung — sei es eine Unterdrückung oder eine Vorspiegelung — dar, wenn der Schweigende auf Grund eines vorangegangenen Tuns zur Aufklärung verpflichtet war oder wenn eine Rechtspflicht zum Aufklären bestand.

Die moderne Strafrechtsauffassung teilt diesen Standpunkt nicht, zum mindesten will sie ihn erweitert wissen; denn es hat sich in der Praxis erwiesen, daß eine Reihe von Fällen straflos bleiben mußte, wo offensichtlich ein Verstoß gegen jedes billige Rechtsdenken vorlag, nur weil dem Tatbestande des Gesetzes nicht voll und ganz Genüge geleistet war. So führt Graehl [26]) einige Fälle an, um dann zu dem unbefriedigenden Ergebnis zu gelangen, „daß sich das Reichsgericht bei der Beurteilung derartiger Betrugsfälle durch Ueberbetonung rein formaler Gesichtspunkte auf Kosten eines gesunden und volksverbundenen Rechtsgefühls von der Forderung nach lebensnaher Rechtsfindung weit entfernt hat.“ Für das zur Zeit geltende, insbesondere aber für das kommende Strafrecht sind richtung-

26) DJZ 1936/I Sp. 43.

weisend der neue § 2 RStrGB, die Grundgedanken, die der Schaffung dieses Paragraphen zugrunde lagen, und die nationalsozialistische Strafrechtsideologie überhaupt. Strafbar soll nach dem nationalsozialistischen Rechtsdenken jede Tat sein, wenn sie nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient, wenn sie nach den Grundgedanken des Gesetzes strafbar ist. Daß unter gewissen Umständen ein bloßes Schweigen eine Täuschungshandlung i. S. des Betrugs darstellen kann, ist schon ausgeführt, „nur lehnte man es bisher ab, eine Handlungspflicht aus Generalklauseln, wie Treu und Glauben, Rechtsmißbrauch, Zumutbarkeit, Angemessenheit, zu entnehmen“ [27]. Das ist um so verwunderlicher, „wenn man sich vor Augen hält, daß bis in die Gegenwart hinein die Zivilsenate des Reichsgerichts den Satz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr immer mehr zum Angelpunkt ihrer Rechtsprechung und zum obersten Auslegungsgrundsatz erhoben haben“ [28]. Hubernagel weist a. a. O. mit Recht auf den neuen § 330 c RStGB hin, der das Nichttätigwerden in den bestimmten Fällen dann bestraft, wenn das Tätigwerden nach gesundem Volksempfinden Pflicht ist. Auf unseren Fall angewandt, wird man sagen können, daß ein bloßes Schweigen dort eine Täuschungshandlung enthält, wo der Schweigende „nach gesundem Volksempfinden“ verpflichtet gewesen wäre, aufzuklären. Interessant ist hier eine Entscheidung des Reichsgerichts, in der ein Bankgeschäft für ein besonderes Vertrauensgeschäft erklärt wird. Die Bank müsse deshalb hierbei nicht nur ihre eigenen, sondern auch die Belange des Kunden so berücksichtigen, daß sie ihn nach bestem Wissen und Gewissen berate und ihn vor Schaden bewahre. Diese Pflicht sei eine Rechtspflicht. Wer in einem solchen Falle schweige, täusche den Kunden durch Unterdrückung einer wahren Tatsache [29]. Es ergibt sich aus dieser Entscheidung, daß bei einem besonderen Vertrauensverhältnis nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für einen Teil die Rechtspflicht besteht, den anderen vor Schaden zu bewahren, eine Ansicht, die sich der unseren nähert. — Wohl ist der Begriff des „gesunden Volksempfindens“ kein absoluter, aber er wird im kommenden Strafrecht eine so bedeutende Rolle spielen, daß seine Anwendung zweifellos nicht auf allzu große Schwierigkeiten stoßen wird. „Er wird einen ausreichenden Maßstab geben und keine übertriebenen Anforderungen stellen. Die Interessen der einen und der anderen Seite werden auch hier in gebührender Weise berücksichtigt und

---

27) DJZ 1935/XX Sp. 1203/4.
28) DJZ 1936/I, Sp. 44.
29) RGStr 70/46.

gegeneinander abgewogen werden müssen und können" [30]). Es wird demnach ein bloßes Schweigen dann als rechtserheblich angesehen werden müssen, wenn der Schweigende nach gesundem Volksempfinden zur Aufklärung verpflichtet gewesen wäre und der Gegner nach gesundem Volksempfinden eine Erklärung erwarten durfte. —

Wie verhält es sich nun mit dem „bloßen Schweigen", ist es als eine Unterdrückung einer wahren oder als Vorspiegelung einer falschen Tatsache anzusehen? Angenommen, in unserem Beispiel zieht einer der Spieler seinen Würfel und reicht ihn dem Spielleiter, der den Spielverlauf notiert. Der sieht den Würfel an, hält ihn für einen solchen mit 2 Sechsen, macht sich die entsprechende Bemerkung und reicht den Würfel zurück. Der Spieler merkte sofort, daß es sich bei ihm um einen ganz gewöhnlichen Würfel handelte. Er schweigt, obwohl er die falsche Notierung sah. Hat er durch sein Schweigen etwas vorgespiegelt, oder hat er eine wahre Tatsache unterdrückt? Es ist nicht ganz unbestritten, ob ein Schweigen nicht nach den Grundsätzen über die Verübung von Begehungsdelikten durch Unterlassen ein Vorspiegeln sein könne [31]). Diese Auffassung wird jedoch überwiegend abgelehnt. Dadurch, daß der Täter etwas „nicht tut", spiegelt er hier etwas vor. Ein Nichttun ist ein Unterlassen, aber man kann nur dann etwas rechtserheblich unterlassen, wenn man zum Tun verpflichtet ist. Beim Unterlassen tut man gerade etwas, was als eine Tätigkeit gar nicht erachtet wird. Man unterdrückt den Willen zum Tätigwerden und damit das Tätigwerden selbst. — Vorspiegeln ist ein Angriff auf die fremde Willensbildung, das Unterdrücken einer Tatsache trotz Offenbarungspflicht ist ein Angriff auf die eigene Willensbildung. Man unterdrückt den Willen und unterläßt es infolgedessen, eine rechtlich erforderliche Erklärung abzugeben. Erst subsidiär, erst durch dieses Unterlassen bildet sich der gegnerische Wille oder er erhärtet sich. Es liegt darin — das wird zugegeben — eine Vorspiegelung durch ein Nichtstun, jedoch nur subsidiär, eben veranlaßt durch die Unterdrückung der wahren Tatsache. So kommt die herrschende Meinung zu dem Ergebnis, daß das bloße Schweigen, das Unterlassen, wo eine Pflicht zum Tätigwerden vorliegt, dem Unterdrückten beigerechnet werden müsse [32]).

---

30) so L. Schäfer in Pfundtner-Neubert: Das neue Deutsche Reichsrecht II c 8 Art. 9 Anm. 4.

31) so hält Kohlrausch in § 263, Anm. 2 Schweigen als „Vorspiegelung falscher Tatsachen" für strafbar.

32) s. Allfeld, S. 472; Olshausen, § 263 Anm. 13 b; Frank § 263 Anm. II, 3.

Die sämtlichen Ansichten, das Vorspiegeln falscher und das Unterdrücken wahrer Tatsachen betreffend, gehen m. E. von einer falschen Basis aus. Richtig ist, daß der Gesetzgeber das Vorspiegeln, das Unterdrücken und schließlich auch das Entstellen gleichordnete und damit zum Ausdruck brachte, daß er sie begrifflich gleichgewertet wissen wolle. Eine Gleichordnung dieser Begriffe erscheint jedoch logisch undenkbar. Um zu einer Klarstellung zu gelangen, sei vorausgeschickt, daß die Täuschungshandlung eine Irrtumserregung zur Folge haben muß. Der, der getäuscht werden soll, muß in einen Irrtum versetzt werden. Er muß die Vorstellung bekommen, daß etwas tatsächlich sei, was tatsächlich nicht ist. Und diese falsche Vorstellung muß er durch die Täuschungshandlung bekommen haben. Nur durch die Betrachtung der Beziehungen zwischen Täuschungshandlung und Irrtum kann der Unterschied zwischen Vorspiegeln und Unterdrücken gewonnen werden. Zur Erläuterung diene folgender Fall. In unserem Beispiel läßt der Spielveranstalter falsche Würfel bringen. Einer der Spieler betrachtet argwöhnisch seinen Würfel. Der Veranstalter bemerkt es. Um ihn abzulenken, verwickelt er ihn in ein Gespräch. Der Spieler beginnt aber immer wieder, sich mit seinem Würfel zu beschäftigen. Schließlich bringt der Veranstalter das Gespräch auf die Würfel und erzählt, wie nebenbei, er selbst habe sie gerade eben noch gekauft, sie seien völlig ungebraucht. Da könne er leichten Herzens jede Garantie dafür übernehmen, daß alle Beteiligten gleiche Chancen hätten. Der Spieler läßt sich durch die Angaben des anderen täuschen und hört, zumal das Spiel beginnt, mit der Untersuchung des Würfels auf. — Es ist unbestritten, daß hier der Veranstalter eine Täuschungshandlung begangen hat. Was hat er getan? Er wußte genau, daß alle Würfel gefüllt waren. Er hat aber dieses Wissen für sich behalten; den wahren Sachverhalt verschwiegen. Damit hat er eine wahre Tatsache unterdrückt. Andererseits hat er seinen Spielpartnern eine Erklärung abgegeben, die mit der Wirklichkeit in Widerspruch stand. Er hat ihnen gewissermaßen ein Gemälde entworfen und behauptet, es sei das Abbild von etwas Wirklichem. Die Folge war, daß der andere, um beim Vergleich zu bleiben, sich dieses Gemälde betrachtete, es für gut hielt und davon überzeugt war, daß die Wirklichkeit so aussähe, wie es ihm auf dem Bilde vorgeführt worden sei, mit anderen Worten: durch die Vorspiegelung der falschen Tatsache machte er sich ein falsches Bild von der Wirklichkeit. Er wurde in einen Irrtum versetzt. Dieser Irrtum ist aber nur der Ausdruck für einen Zustand; er ist das Ergebnis der Täuschung; denn sie bewirkt zunächst, daß die Erkenntnis des wahren Sachverhalts unmöglich gemacht wird.

Die Erkenntnis der wahren Tatsache wird verhindert, die wahre Tatsache wird unterdrückt und dadurch der Zustand des Irrtums in der Person des Getäuschten geschaffen. Die zeitliche Entwicklung im vorliegenden Falle ist folgende: Während der Täuschende die wahre Tatsache in sich unterdrückt, spiegelt er die falsche Tatsache vor und unterdrückt damit die wahre Tatsache in der Person des Getäuschten. Das für uns wesentliche Ergebnis ist, daß die Vorspiegelung einer falschen Tatsache nur in der Art geschehen kann, daß der Vorspiegelnde zugleich eine wahre Tatsache in sich unterdrückt. Denn unterdrückt er nicht eine wahre Tatsache, so fehlt es an dem „Vorspiegeln". Vorspiegeln kann ich nur etwas, von dessen Unrichtigkeit ich überzeugt bin, an dessen Richtigkeit ich zumindest zweifle. Das wovon ich überzeugt bin, spiegele ich nicht vor. Ich kann höchstens davon „berichten", darüber „sprechen". Meine Ausführungen und Ansichten entsprechen dann nur nicht der Wirklichkeit. Zusammenfassend kann also gesagt werden: Mit dem Vorspiegeln einer falschen Tatsache ist begrifflich stets verbunden das Unterdrücken einer wahren Tatsache in der Person des Täuschenden. Dabei wird zugestanden, daß für den Erfolg, die Irrtumserregung, das Unterdrücken natürlich keine Rolle spielt. Es erscheint nur subsidiär als logische Notwendigkeit, weil ohne es das Vorspiegeln undenkbar wäre. Vorspiegeln und Unterdrücken gehören aufs engste zusammen. Das Primat kommt deshalb dem ersteren zu, weil es allein auf den Erfolg hinzielt und ihn herbeiführt.

Wie ist es beim Unterdrücken wahrer Tatsachen? Zu dieser Frage unseren Fall in folgender Abwandlung: Der Bankhalter erfährt, daß eine am Spiel unbeteiligte Person bemerkt hat, daß die Würfel gefüllt sind. Der Dritte hat die Absicht, die Spieler davon in Kenntnis zu setzen. Der Bankhalter beredet ihn, zu schweigen. Der tut es gegen Zahlung einer Abstandssumme. — Der Bankhalter hat hier nach allgemeiner Meinung eine wahre Tatsache unterdrückt. Er hat verhindert, daß die bisher gutgläubigen Spieler endlich die wirkliche Sachlage erfuhren. In den Spielern hat er die Erkenntnis der Wirklichkeit, die wahre Tatsache, unterdrückt. Er hat niemandem etwas vorgespiegelt, so scheint es wenigstens, aber es wird sich zeigen, daß es darauf, mit welchen Mitteln der Täuschende vorgeht, gar nicht ankommt. Es ist in unserem Falle völlig gleich, ob der Bankhalter allein weiß, daß mit falschen Würfeln gespielt wird, oder ob noch dritte Personen Mitwisser sind und deshalb schweigen, weil sie von ihm beeinflußt wurden. Hier bestehen zwei Fronten, die Front, auf der der Bankhalter steht, der das Geheimnis von den falschen Würfeln gewahrt wissen möchte, und

die Gegenfront der Spieler, die sich im Irrtum über die wahre Lage befinden. Für die Lösung des Falles ist unbeachtlich, ob der Bankhalter das Geheimnis allein kennt oder ob noch andere davon wissen. Es ist unwesentlich, ob und wie er diese Mitwisser zu beeinflussen sucht. Die dritten können das Geheimnis für sich behalten oder preisgeben. Das ist ihre eigene Sache. Sie haben gegebenenfalls nur zu prüfen, ob es sich um eine Sache dreht, bei der sie nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes zur Aufklärung verpflichtet sind. Im gegebenen Beispiel wird das weder nach geltendem noch nach kommendem Recht von Dritten verlangt werden können. Daß er als Unbeteiligter Mängel des Spiels den Beteiligten offenbart, kann u. U. als eine unerwünschte und ungehörige Einmischung erachtet werden. Eine Pflicht, die Täuschungshandlung des einen Spielerteils dem anderen zu eröffnen, kann weder nach Treu und Glauben noch nach dem gesunden Volksempfinden vom Dritten verlangt werden. Er darf, wenn er Unregelmäßigkeiten beim Spiel feststellt, tun und lassen, was er will. Es muß deshalb auch gleichgültig sein, ob und was der Bankhalter unternimmt, um ihn zum weiteren Schweigen zu veranlassen. Warum soll ich nicht einen Dritten, der Kenntnis erlangt von etwas, was ich geheimgehalten wissen möchte, vielleicht durch Geschenke veranlassen zu schweigen, wenn ich ihn damit nicht gerade anstifte, etwas zu verschweigen, das zu eröffnen er verpflichtet wäre, wenn ich ihn also durch meine Tätigkeit nicht zu einer strafbaren Handlung anstifte? Warum soll also der Bankhalter seine Mitwisser nicht bestechen und veranlassen, ihr Geheimnis weiter zu hüten?

Es kann sich also nicht darum drehen, welche Mittel der Veranstalter zur Geheimhaltung anwendet. Es dreht sich nicht darum, wer mit ihm noch zusammenarbeitet; einzig und allein kommt es darauf an, ob der Veranstalter das, was er weiß, nach den oben über das bloße Schweigen aufgestellten Grundsätzen für sich behalten darf oder nicht. Wäre er zur Aufklärung seiner Mitspieler nicht verpflichtet, wer könnte ihm verwehren, daß er andere veranlaßt, sich auch mit ihm auszuschweigen! Das Unterdrücken läuft demnach auf ein Unterlassen hinaus. Nicht der Umstand, daß der Bankhalter dritte Personen beeinflußt und so die Spieler die Täuschung nicht merken läßt, ist von Bedeutung, nicht durch diese Handlung wird der erstrebte Erfolg, die Irrtumserregung oder -unterhaltung, herbeigeführt. Die dritten Personen handeln ja nach eigenem, freiem Willen. Allein der Gesichtspunkt kann geprüft werden, ob der Bankhalter zur Offenbarung gegenüber den Mitspielern verpflichtet war oder nicht, ob er reden mußte oder ob er schweigen durfte.

In unserem Falle unterläßt er es, seine Mitspieler aufzuklären. Er tut nichts. Die Täuschungshandlung liegt also hier nicht sowohl in dem, was er „tut", als vielmehr in dem, was er „nicht tut", in seinem bloßen Schweigen. Es steht nun fest, wenn jemandem irgend eine Tatsache bekannt ist und er spricht nicht über sie, so unterdrückt er sie, indem er den Willen, sie zu eröffnen, in sich hintanhält und deshalb eine Erklärung unterbleibt. Er spiegelt damit, daß er lediglich über die Tatsache schweigt, noch nichts vor. Das Vorspiegeln ist ein Angriff auf die Willensbildung einer zweiten Person. Zweifellos unterdrücke ich dadurch, daß ich eine Tatsache verschweige, diese Tatsache auch in der Person, der ich meine Gedanken vorenthalte, denn ich verhindere, daß diese Person, die Erkenntnis von der Tatsache erlangt, die ich besitze. Wenn ich also weiß, daß der Sturm in meiner Wohnung eine Fensterscheibe zertrümmert hat und ich erinnere mich zufällig bei einem Gespräch mit meinem Hausherrn dieser Tatsache, sage aber absichtlich nichts, so unterdrücke ich damit eine Tatsache. Ich unterdrücke die Erkenntnis dieser Tatsache auch in dem Hausherrn, aber ich spiegele ihm nichts vor. Soll ich ihm etwas vorspiegeln, so muß sich mein Hausherr irgend eine Vorstellung machen. Er muß das Spiegelbild, das ich ihm vorhalte, irgendwie geistig erfassen. Ich muß ihm die Vorstellung suggerieren, daß irgend etwas Tatsache sei. Es hat demnach nicht jede Unterdrückung eine Vorspiegelung zur Folge. Das bloße Schweigen kann sehr wohl mitunter die bloße Unterdrückung einer Tatsache darstellen. Rechtserheblich ist es nur dann — wie oben schon ausgeführt — wenn auf Grund einer Rechtspflicht oder im kommenden Strafrecht nach gesundem Volksempfinden der Schweigende zur Eröffnung verpflichtet gewesen wäre, der Partner also auf Grund dessen eine Erklärung erwarten durfte. Gesetzt den Fall, einer der Glücksspieler merkt, daß die Würfel falsch sind, läßt sich von dem Bankhalter einen Anteil vom Gewinn versprechen und schweigt. Der Schweigende wäre verpflichtet gewesen, seine Mitspieler über das, was er in Erfahrung brachte, aufzuklären, und die Mitspieler durften diese Erklärung erwarten. Es ist nicht erforderlich, daß sie an diesen Anspruch gerade denken oder vor oder während des Spieles aussprechen, daß er ihnen zustehe. Sie vertrauen gegenseitig darauf, daß jeder, der eine Unredlichkeit bemerkt, dem anderen sofort davon Mitteilung macht. Wer in einem solchen Falle schweigt, der spiegelt etwas vor; denn er erweckt in allen anderen den Eindruck, daß ihm nichts Erwähnenswertes aufgefallen sei. Das Schweigen dessen, der die Unechtheit der Würfel erkannt hat, ist hier genau so anzusehen wie die Erklärung, er sei mit allen anderen zusammen davon

überzeugt, daß die Würfel echt seien. Das Schweigen steht statt der Rede und hat die Wirkung der Rede; denn sämtliche Beteiligten sind sich über die Bedeutung des Schweigens einig. Gerade der Umstand aber, daß alle aus ihm ein und dieselbe Folgerung ziehen, daß sie dem Schweigen eine ganz bestimmte Bedeutung beimessen, verschafft ihm seine Erheblichkeit. Es enthält in dem speziellen Falle, wenn die Pflicht zu reden besteht, die Erklärung: Ich weiß auch nichts anderes als das, was ihr alle wißt. Damit spiegele ich aber die Tatsache des „Nichtwissens" vor. Nicht die Unterdrückung der wahren Tatsache ist es, die beim bloßen Schweigen den Ausschlag gibt, vielmehr die Vorspiegelung der falschen Tatsache. Sie allein ist auch nur in der Lage, in dem andern eine Vorstellung, nämlich den Irrtum, hervorzurufen.

Es kann als Ergebnis festgestellt werden: Bei jeder Täuschungshandlung muß eine wahre Tatsache unterdrückt werden. Wird im Verfolg dieser Unterdrückungshandlung, also darüber hinaus, eine falsche Tatsache vorgespiegelt, so wird erst hierdurch die Täuschungshandlung verwirklicht, weil allein die Vorspiegelung auf die Vorstellung des Getäuschten einen Einfluß ausüben und das Ergebnis, den Irrtum, bei dem Getäuschten hervorrufen kann. Der Verlauf der Täuschungshandlung ist demnach folgender: Wer beabsichtigt, einen anderen zu täuschen, muß zunächst in sich die wahre Tatsache unterdrücken und dann die falsche Tatsache vorspiegeln, wobei das Vorspiegeln auch in der oben geschilderten Form des rechtlich erheblichen Unterlassens erfolgen kann. Es ist daher unrichtig, die Begriffe „Unterdrükken einer wahren Tatsache" und „Vorspiegeln von falschen Tatsachen" einander gleich-, unter- oder überzuordnen. Das Vorspiegeln ist ohne das Unterdrücken nicht denkbar. Nur das Vorspiegeln allein aber kann zur Irrtumserregung und damit zur Verwirklichung des Tatbestandes führen. Wenn der Gesetzgeber gleichwohl die beiden Begriffe nebeneinander stellt, so kann dies nur dem Wunsch entspringen, auf alle Fälle jede irgendwie geartete Täuschungshandlung zu erfassen. Das wird insbesondere auch bekräftigt durch die letzte vom Gesetzgeber angeführte Möglichkeit der Täuschungshandlung durch die Einfügung des Merkmals der „Entstellung wahrer Tatsachen".

Das Entstellen wahrer Tatsachen: Mit diesem letzten vom Gesetzgeber angeführten Täuschungsmittel weiß man allgemein aber auch schon fast gar nichts anzufangen. Allfeld führt aus, daß eine Entstellung wahrer Tatsachen dann vorliege, wenn diese durch Hinzusetzen oder Fortlassen in ein unrichtiges Verhältnis zueinander gebracht würden [33]. Frank sagt ähnlich, daß

33) Allfeld, S. 473.

es sich um ein Verschieben, Hinzufügen oder Auslassen von Tatsachen handeln müsse [34]). „Tatsachen werden nicht nur entstellt, wenn ihre Bestandteile in ein unrichtiges Verhältnis gestellt sind, sondern namentlich auch, wenn Wirkliches durch Zusatz oder Weglassen in Nichtwirkliches geändert wird. Der Erfolg ist hier, wie bei der Vorspiegelung oder Unterdrückung der, daß die Gesamtheit der Erscheinungen dem Getäuschten anders als der Wirklichkeit entsprechend erscheint" [35]). Die Definitionsversuche zeigen, daß niemand in der Lage ist, eine scharfe Grenzlinie festzulegen. Sie beweisen nur, daß zutrifft, was oben schon angeführt wurde, daß nämlich die Häufung der Täuschungsmittel allein zu dem Zweck erfolgte, um alle irgendwie denkbaren Kombinationen zu erfassen und nach Möglichkeit zu verhindern, daß spitzfindige Manipulationen eine Umgehung des Tatbestandes ermöglichen.

Als einzige Täuschungshandlung bleibt uns demnach nur die Vorspiegelung einer falschen Tatsache. Sie allein verwirklicht den gesetzlichen Tatbestand; denn nur, wer eine falsche Tatsache vorspiegelt, kann in seinem Gegenüber einen Irrtum erregen, nur die Vorspiegelung einer falschen Tatsache kann kausal sein für den Irrtum, dessen Betrachtung wir uns jetzt zuwenden wollen.

b) Der Irrtum des Getäuschten.

Es ist oben schon ausgeführt worden, daß die Täuschungshandlung kausal sein muß für einen Irrtum, der in der Person des Getäuschten entsteht. Der Täter muß nach dem Wortlaut des Gesetzes durch die Täuschungshandlung in dem Getäuschten einen Irrtum „erregen" oder „unterhalten". Die Täuschung des Betrügers muß die Ursache bilden für das Vorhandensein oder das Fortbestehen des Irrtums oder, in umgekehrter Reihenfolge ausgedrückt: Der Irrtum selbst muß das Ergebnis der vorausgegangenen Täuschung sein [1]). In unserem Falle ist z. B. eine Irrtumserregung dann gegeben, wenn der Veranstalter erklärt, daß 1/4 der im Beutel enthaltenen Würfel zwei Sechsen trage, während in Wahrheit, wie er sehr wohl weiß, die Hälfte zwei Sechsen hat, und wenn die Spieler auf Grund dieser Aeußerung der Ueberzeugung sind, es trüge tatsächlich nur der 4. Teil die beiden Sechsen. Der Veranstalter hat eine falsche Tatsache vorgespiegelt, und die Spieler glauben, daß das, was ihnen vorgespiegelt wurde, in Wahrheit zutreffe, also Tatsache sei. Der

34) Frank § 263, II, 2.
35) Reymann, S. 53.
1) Reymann, S. 56.

Irrtum ist eine positiv vorhandene, der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellung auf seiten des Betrogenen [2]). Er ist insbesondere dann gegeben, wenn die Täuschungshandlung von Erfolg begleitet war. In den Irrtum kann der Täter den Betrogenen selbst versetzen. Das ist jedoch nicht unbedingt erforderlich, daß er es selbst tut. Er kann es auch vermittels einer dritten Person tun lassen [3]). Nur auf das Ergebnis kommt es an. Der Getäuschte muß auf Grund der Täuschungshandlung, die in all den oben geschilderten Formen möglich ist, zu seiner irrigen Vorstellung gekommen sein. —

Das Gesetz unterscheidet zwischen einem „in einen Irrtum versetzen" und „in Irrtum unterhalten". Wird der Betrogene in den Irrtum versetzt, so muß der Irrtum erst geschaffen werden. Befindet sich der Betrogene schon in einem Irrtum, so muß der Täter sich bemühen, zu hintertreiben, daß der Betrogene Einsicht erlangt über seine irrige Meinung [4]). Frank faßt den Unterschied dahin zusammen: Der Täter erregt einen Irrtum, wenn sein Verhalten für die Entstehung einer Vorstellung kausal und diese Vorstellung falsch ist, er unterhält ihn, wenn er bewirkt, daß eine schon vorhandene, der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellung fortdauert [5]). Ein Irrtum wird stets dann erregt, wenn eine vorhandene Vorstellung durch die Täuschungshandlung verdrängt, wenn der Getäuschte sich auf Grund der Täuschungshandlung, also auf Grund eines aktiven Einwirkens auf seine Gedankenwelt, von etwas, wovon er bisher eine andere, vielleicht richtige oder auch überhaupt keine Vorstellung hatte, sich nun eine Vorstellung bildet, die der Wirklichkeit nicht entspricht. Dann ist in ihm ein Irrtum erregt worden. Schwieriger ist die Frage, wie die Sachlage bei dem Unterhalten eines Irrtums liegt. Es wird hier die Ansicht vertreten, daß eine Täuschungshandlung dann nicht vorliege, wenn der Täter einen bestehenden Irrtum lediglich benütze [6]). Reymann nimmt hierzu, wie folgt, Stellung: Es erscheint nicht erforderlich, jede absichtliche Benutzung fremden Irrtums zu gewinnsüchtigen Zwecken unter Beschädigung des Vermögens anderer unter Strafe zu stellen. Der § 263 in seiner jetzigen Fassung genügt für die Beurteilung der strafbaren Benutzung eines Irrtums, sofern man die Grundsätze, nach denen man das Unterdrücken von Tatsachen betrachtet, auch folgerichtig auf den Begriff des Unterhal-

---

2) Frank § 263 Anm. III.
3) Olshausen, § 263 Anm. 15.
4) Reymann, S. 59.
5) Frank § 263 Anm. III.
6) Olshausen § 263 Anm. 15.

tens anwendet. Bringt man dort, wie auch sonst im Strafrecht, die Regeln über Begehung durch Unterlassung zur Anwendung, so kann man nicht dazu kommen, in dem Wort „unterhalten“ das Erfordernis nur „positiven“ Tuns zu finden. Natürlich kann im Zusammenhang des § 263 RStGB neben dem „Erregen“ des Irrtums nur das „Unterhalten“, nicht das „Benutzen“, gestellt werden [7]). Das häufigste in diesem Zusammenhang zitierte Spielbeispiel soll auch hier zur Erläuterung dienen. Zwei Parteien spielen ein Geschicklichkeitsspiel. Die eine glaubt, es handle sich um ein reines Glücksspiel, und verhält sich danach. Die Gegenpartei merkt dies, klärt den Spielpartner jedoch nicht auf, läßt ihn im Gegenteil hin und wieder gewinnen, um ihn in seinem falschen Glauben nur noch zu bestärken. Weiser ist der Ansicht, daß hier der Gegenspieler nicht in betrügerischer Absicht handle, wenn er lediglich den Irrtum ausnütze. Er dürfe nur nicht dazu beitragen, den Irrtum zu unterhalten, was aber dadurch geschehe, daß er seinen Gegner hin und wieder gewinnen lasse [8]).

Die Frage hat, wie ich glaube, eine ganz allgemeine Bedeutung. Das Beispiel zeigt zunächst, was oben schon ausgeführt wurde, daß der Irrtum einen Zustand, eine vorhandene innere Einstellung gegenüber tatsächlichen Begebenheiten darstellt. Die irrtümliche Vorstellung kann nun entweder hervorgerufen werden, dann wird eine bisher neutrale oder in einer bestimmten Richtung eingestellte innere Einstellung in eine andere Vorstellung umgewandelt. Oder eine bisher bestehende irrige Vorstellung wird aufrechterhalten, der Irrtum wird unterhalten. Das Letztere ist der Fall in unserem Beispiel. Eine irrige Vorstellung ist bei dem einen der Spieler tatsächlich vorhanden, sie besteht. Für die Strafwürdigkeit des Gegenspielers ist aber nicht der bestehende Zustand, die feststehende Tatsache, daß der Spieler nicht merkt, daß es sich um ein Geschicklichkeitsspiel handelt, irgendwie von Bedeutung, nicht etwas, was nur in der Person des anderen vorgeht, kann zu seinem Nachteil oder Vorteil ausgelegt werden, strafbar kann sich jemand nur durch sein eigenes Verhalten machen. Es kommt also darauf an, wie der, der Bescheid weiß, sich dem andern gegenüber verhalten müsse, und wie er sich tatsächlich verhält. Es ist zu prüfen, ob er den Irrenden belehren müßte oder ob er das nicht nötig hat. Dies ist jedoch keine Frage, die im Kapitel der Irrtumserregung oder im Verhalten ihre Erledigung finden kann. Diese Frage ist bereits oben unter dem Abschnitt der Täuschungshandlungen ge-

---

7) Reymann, S. 62.

8) Weiser, S. 62.

prüft, insbesondere unter dem Abschnitt über das bloße Schweigen eingehend erörtert worden. Es kommt nicht auf den Irrtum als solchen an, vielmehr bedarf es der Feststellung, ob der Partner den Irrtum erkannt hat. Wird dies bejaht, dann bleibt zu prüfen, ob das, was er nach Erkenntnis des Irrtums weiter unternimmt, eine Täuschungshandlung darstellt, die in der Absicht begangen wird, dem Irrenden die Erkenntnis des wahren Sachverhalts zu verschleiern. — Natürlich muß beim Betrug dem Betrogenen die Möglichkeit der absolut freien Willensbildung erhalten bleiben. „Der Getäuschte muß nach seinem eigenen, frei gefaßten, wenn auch auf falschen Voraussetzungen beruhenden Willen handeln" [9]). Anderenfalls mag vielleicht ein Fall der Erpressung vorliegen; Betrug kann es dann nicht sein.

Letztlich bleibt noch ein Sonderfall zu betrachten. Ein Irrtum kann nämlich dann nicht vorliegen, wenn man zur Zeit gar keine Vorstellung von irgend etwas hat, wenn man an die in Frage stehende Sachlage überhaupt nicht denkt oder gedacht hat. Hat man sich nämlich über irgend eine Sache keine Gedanken gemacht, weiß man auf dem zur Rede stehenden Gebiet überhaupt nicht Bescheid, so kann man hiervon, da man ja überhaupt kein Wissen von der Sache hat, auch kein falsches Wissen haben; über etwas, wovon man kein Wissen hat, kann man sich nicht im Irrtum befinden. Es muß vielmehr der Getäuschte in seinem Wissen eine neue, unrichtige Ansicht bekommen haben. Reymann verweist in diesem Zusammenhang auf ein treffendes Beispiel, den blinden Passagier. Hier zeigt sich klar der Unterschied zwischen Irrtum und Unkenntnis. Wenn der Steuermann keine Ahnung hat, gar nicht daran denkt, daß jemand mitfährt, dann ist das Unkenntnis. Wenn er dagegen denkt, es wird schon niemand da sein, also die Möglichkeit immerhin in Erwägung zieht, aber ablehnt, dann ist es Irrtum, wenn er alles erfolglos abgesucht hat [10]). Man könnte nun denken, daß auch in dem folgenden Fall, der oben schon einmal angeführt wurde, bloße Unkenntnis vorläge, nämlich dann, wenn zwei Personen miteinander ein Geschicklichkeitsspiel spielen und die eine es für ein Glücksspiel hält. Ausnahmsweise ist nämlich der Fall denkbar, daß dem Verlierer alles gleichgültig ist, daß er sich um das Spiel sozusagen überhaupt nicht kümmert, es nur nebenher noch spielt, während er innerlich mit etwas ganz anderem beschäftigt ist. In diesem Falle denkt er auch nicht daran, welcher Art das Spiel angehört. Er denkt überhaupt nicht an das Spiel, vielmehr an etwas anderes und kann sich deshalb auch nicht über das Spiel im Irrtum befinden. Das wird jedoch höchst selten zu-

9) Reymann, S. 58.
10) Reymann, S. 58.

treffen. Normalerweise will jede Partei gewinnen und sucht nach Mitteln und Wegen, um das Spiel zu ihren Gunsten zu entscheiden. Dies Suchen nach Gewinnmöglichkeiten aber und die Antwort, die sich in unserem Beispiel der Verlierer darauf gibt, schaffen die Lage des Irrtums. Der Verlierer bemüht sich um eine Erkenntnis. Er findet aber keine oder vielmehr er findet eine falsche Lösung, indem er zu dem Glauben gelangt, es handle sich um ein Glücksspiel, während in Wirklichkeit ein Geschicklichkeitsspiel vorliegt. Und damit irrt er sich. Sofern sich jemand über irgend etwas eine Ansicht gebildet hat, mag sie nun das Ergebnis gründlicher Erforschung des fraglichen Gegenstandes sein oder beruht sie lediglich auf einer oberflächlichen Betrachtung, eine einmal vorhandene Auffassung kann nur eine richtige oder eine falsche sein. Eine falsche Auffassung aber ist ein Irrtum. Wie ist es nun in dem folgendem Falle? Die Spieler sitzen bei einer Partie Skat zusammen. Einer, der eine zeitlang besonders vom Unglück verfolgt wurde und dauernd verlor, sucht seinen Erfolg dadurch zu steigern, daß er jedesmal, wenn er zur Kartenausgabe kommt, sich selber die besten Karten verschafft. Seine Mitspieler merken von der Täuschung nichts, befinden sie sich im Irrtum? Man wird hier von Fall zu Fall nach den oben ausgeführten Grundsätzen entscheiden müssen. Im allgemeinen dürfte man davon ausgehen: Jeder der Spieler kennt die Spielregeln. Er erwartet von den Mitspielern, daß auch diese sie beachten. Meist sind in die Spielregeln selbst eine Reihe von Kontrollen verwoben, die immer wieder dafür sorgen sollen, daß sie nicht durchbrochen werden können. Beim Skat z. B. soll durch das Abheben und durch die bestimmte Folge der Kartenausgabe vermieden werden, daß sich jemand die besten Karten zuteilen kann. Die Parteien werden also hier darauf achten, daß richtig abgehoben und die Karten nach Spielvorschrift ausgeteilt werden. Wenn ihnen nichts auffällt, werden sie überzeugt sein, daß alles den vorgeschriebenen Verlauf nimmt. Sie werden sich mit anderen Worten die Meinung bilden, daß die Karten zur Verteilung gelangen, wie es sich gehört. Diese Meinung ist aber dann falsch, wenn einer der Spieler sich selbst die Gewinnkarten zu verschaffen weiß. Die anderen haben dann von der Art und Weise der Kartenverteilung eine Vorstellung, jedoch eine falsche, sie befinden sich im Irrtum. Die Fälle bloßer Unkenntnis dürften äußerst selten sein. Zusammenfassend sei noch einmal festgestellt: Der Betrug verlangt, daß durch eine Täuschungshandlung in dem Getäuschten ein Irrtum erregt oder unterhalten wird. Durch den Irrtum veranlaßt, muß der Getäuschte die Verschiebung eines Vermögenswertes bewirken.

c) Die Verschiebung eines Vermögenswertes

Der Tatbestand des Betrugs erfordert, daß die Absicht des Täters darauf gerichtet sein müsse, sich einen rechtswidigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Dieser vom Täter erstrebte Vermögensvorteil muß für einen anderen einen Vermögensschaden bedeuten; denn es läßt sich nur etwas auf Kosten eines anderen erlangen. Der Getäuschte muß, durch den in ihm erregten Irrtum veranlaßt, eine Vermögensverfügung treffen, die bei ihm selbst oder einem Dritten zu einer Vermögensverminderung, einem Vermögensschaden, bei dem Täuschenden aber zu einer Vermögensvermehrung, zu einem Vermögensvorteil führt.

1. Was ist ein Vermögenswert?

Der Begriff des Vermögens gehört offensichtlich der Volkswirtschaftslehre an und hat hier eine eingehende Betrachtung erfahren. Diese Betrachtungen erscheinen — vom Standpunkt der Rechtswissenschaft aus gesehen — mehr allgemeiner Natur. Der volkswirtschaftliche Vermögensbegriff ist für das Gesetz und insbesondere für das Strafgesetz zu weit. Der Rechtswissenschaftler kann bei der Schaffung einer für das Strafrecht passenden Bestimmung des Vermögensbegriffs die allgemeinen Betrachtungen wohl als Grundlagen benutzen, wird aber im besonderen noch eine Reihe anderer Gesichtspunkte heranziehen müssen.

In dieser Erkenntnis haben einige versucht, aus dem zivilen Recht eine für alle Rechtsgebiete gültige Bestimmung des Vermögensbegriffs abzuleiten. Jehle hat im Verfolg dieser Gedanken zur Definierung ausgeführt: Vermögen sei die Summe der rechtlich geschützten Beziehungen, „soweit sie geeignet oder ihrer Natur nach dazu bestimmt erscheinen, dem Selbstinteresse jemandes dienstbar gemacht zu werden“ [1]). Es zeigt sich jedoch und ist allgemein anerkannt — und auch Jehle gibt es zu —, daß der Vermögensbegriff des bürgerlichen Rechts im Strafrecht unverwendbar ist.

Einen wesentlichen Schritt vorwärts und der Lösung unserer Frage näher bringt uns das Ergebnis der eingehenden Betrachtungen Dörrs darüber, was unter Vermögenswert im Strafrecht zu verstehen sei [2]). Im Anschluß an ihn unterscheidet man allgemein zwischen Vermögen im juristischen, im natürlichen oder ökonomischen und im juristisch-ökonomischen Sinn, wobei das Vermögen als eine Einheit angesehen werden müsse, die lediglich

1) Jehle, S. 5.
2) Dörr, Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, S. 12 ff.

von verschiedenen Seiten betrachtet werden können. Daß das Strafrecht den Vermögenswert nicht als universitas iuris, also nicht im Rechtssinne, aufgefaßt haben will, ist unbestritten [3]. Dörr vertritt, nachdem er das Vermögen als juristischen Begriff abgelehnt hat, den Standpunkt, daß der ökonomische Vermögensbegriff der für das Strafrecht maßgebliche sei. Er führt dazu aus: Nicht die das Vermögen juristisch zusammenhaltenden Rechte, sondern deren Objekte, Güter und rechtlich anerkannte wirtschaftliche Interessen (S. 17) müßten als Bestandteile des strafrechtlich geschützten Vermögens betrachtet werden. Es entfallen nach seiner Auffassung aus dem zivilrechtlichen Vermögensbegriff eine ganze Reihe von Rechten, die dem strafrechtlich geschützten Vermögen nicht beigerechnet werden könnten. Das subjektive Recht sei an sich im Gegensatz zum Vermögen ein reiner Formalbegriff; es gehöre nur insofern zum Vermögen, als es dem Berechtigten einen Gegenstand zubringe, der seiner Natur nach geeignet sei, zur ökonomischen Verkehrsmacht der Person beizutragen. Er kommt dann zu der Schlußfolgerung, daß im Strafrecht unter Vermögen ausschließlich das ökonomische Vermögen als Inbegriff von geldwerten Gütern zu verstehen sei.

Gegen die von Dörr vertretene Auffassung wendet sich Froeschmann mit dem Hinweis, daß nach der ökonomischen Vermögenstheorie ja auch das Diebsgut in das Vermögen des Diebs übergehe und der Dieb dadurch Besitzschutz erlange, etwas, was logisch undenkbar sei [4]. Dörrs Meinung hat auch sonst weitgehend Widerspruch erfahren, und die herrschende Lehre hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Vermögensbegriff des § 263 RStGB im juristisch-ökonomischen Sinne verstanden werden müsse. So definiert Froeschmann: Vermögen ist der Inbegriff aller rechtlich anerkannten und geschützten geldwerten Güter einer Person [5]. Jehle stimmt dieser Ansicht bei, wenn er sagt, Vermögen sei der Inbegriff der geldwerten, rechtlichen Beziehungen, die jemand zum Selbstinteresse zustehen [6]. Frank [7] und Olshausen [8] folgen ebenfalls der juristisch-ökonomischen Begriffsbestimmung, indem sie ausführen: Vermögen sei der Inbegriff der geldwerten Güter, über die jemand rechtlich im eigenen Interesse selbst oder durch einen Vertreter verfügen könne; der Begriff des Vermögens sei dabei im wesentlichen im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen. Der ökonomische Gedanke

3) so im Anschluß an Dörr: Merkel S. 15; Froeschmann, S. 20; Jehle, S. 11.
4) Froeschmann, S. 21.
5) Froeschmann, S. 22.
6) Jehle, S. 11.
7) Frank § 263 Anm. V.
8) Olshausen § 263 Anm. 18 I und 18 II B a.

soll also in erster Linie den Ausschlag geben, der juristische soll aber nicht völlig zurücktreten, eine Meinung, der zugestimmt werden kann.

Das Gesetz verlangt, daß eine Vermögensbeschädigung eintreten und der Täuschende sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil müsse verschaffen wollen. Was ist ein Vermögensvorteil, was eine Vermögensbeschädigung, wen müssen sie treffen?

2. Die Vermögensbeschädigung.

Für die Vermögensbeschädigung ist Voraussetzung, daß der Getäuschte eine Verfügung trifft, die das Vermögen irgendwie berührt. Veranlaßt zu dieser Verfügung muß er sein durch den durch die Täuschungshandlung in ihm hervorgerufenen Irrtum. Dabei ist weder erforderlich, daß der Irrtum ausschließlich auf der Täuschungshandlung beruht, noch daß der Getäuschte zu seinem Verhalten ausschließlich durch die Irrtumserregung bestimmt wurde. Die Wahrheitsverletzung muß die gewollte Ursache des Irrtums, das auf Täuschung berechnete Mittel sein, wenn auch in Verbindung mit anderen Tatsachen. Wie aber die Täuschungshandlung nur mithelfen muß, den Irrtum herbeizuführen, so muß auch der Irrtum nur mit dazu beitragen helfen, den Getäuschen zu der Vermögensverschiebung zu veranlassen. Ursache ist hier — wie überall im Strafrecht — alles, was nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele. Ist also der Irrtum auch nur zum geringen Teil ursächlich für das Zustandekommen der Willensbildung und der hieraus sich ergebenden Vermögensverfügung, so ist dem Tatbestand Genüge geleistet [9]). Natürlich kann der Irrtum als solcher niemals eine Vermögensbeschädigung bewirken, wohl aber kann er sie indirekt herbeiführen, insofern nämlich der Irrende, durch den Irrtum motiviert, ein gewisses Verhalten einschlägt, das seinerseits eine Vermögensbeschädigung zur Folge hat [10]). Dabei ist die Verfügung als solche in den verschiedensten Formen denkbar. Es ist nicht unbedingt eine Tätigkeit erforderlich. Die Vermögensverfügung kann sowohl in der Leistung einer geldwerten Arbeit als auch im Nichteinklagen einer der Verjährung ausgesetzten Forderung liegen [11]). Auch in der Form des Unterlassens ist eine Vermögensverfügung denkbar. Es genügt jede Vermögensverfügung, die von demGetäuschten auf Grund des Irrtums, in dem er sich befindet, vorgenommen wird. Diese Vermögensverfügung muß zu einem Vermögensschaden führen.

---

9) Olshausen § 263 Anm. 17 a und Anm. 25.
10) Frank § 263 Anm. VI.
11) Frank § 263 Anm. IV.

Nehmen wir also an, in unserem eingangs ausgeführten Beispiel hätten nach Ziehen der Würfel, aber vor Beginn des eigentlichen Spiels, sämtliche Teilnehmer ihre Einsätze an den Bankhalter eingezahlt. Die von dem Bankhalter, der zugleich Veranstalter ist, zur Verteilung gebrachten Würfel sind gefüllt, und so kommt es, daß fast alle Spiele zu seinen Gunsten enden. Ein Spielteilnehmer hat eigene, falsche Würfel in der Westentasche; in einem günstigen Augenblick ersetzt er den gezogenen Würfel durch den eigenen und spielt so auf Gewinn. Beim Abrechnen stellt sich heraus, daß er tatsächlich eine Augenzahl würfelte, die ihn berechtigt, Anspruch auf Auszahlung des Gewinns zu machen. Er erhält den Betrag, der ihm nach dem Spielergebnis und dem Spielplan zustehen soll, ausgezahlt. — Hier finden zwei Vermögensverschiebungen statt. Zum ersten verfügen die Spieler selbst über ihr Vermögen, indem sie aus ihrem Vermögen den Geldbetrag an den Bankhalter zahlen; zum andern verfügt der Bankhalter über sein Vermögen, indem er aus diesem den Gewinn an den Spieler zur Auszahlung bringt.

Welche Umstände lassen aus der Vermögensverschiebung einen Vermögensschaden entstehen? Man hat hier zwei Theorien aufzustellen versucht: eine subjektive und eine objektive Theorie. Die Anhänger der subjektiven Theorie vertreten die Auffassung, daß eine Vermögensverfügung schon dann eine Vermögensschädigung enthalte, wenn der Getäuschte durch die Täuschung zur Vornahme einer sein Vermögen berührenden Handlung veranlaßt würde, die vorzunehmen, er sich nicht herbeigelassen haben würde, wenn er sich über die Täuschung im klaren gewesen wäre. Nach dieser Theorie würde in unserem Beispiel das Einzahlen der Spieler an den Bankhalter deshalb eine Vermögensbeschädigung darstellen, weil die Spieler eine Einzahlung nicht gemacht hätten, hätten sie vermutet oder bestimmte Kenntnis davon gehabt, daß die Würfel gefüllt waren. Diese Ansicht setzt alles in das subjektive Moment des Nichtwollens bei Kenntnis der Täuschung. Vollständig außer acht gelassen wird der tatsächliche, materielle Erfolg, der durch die Täuschung veranlaßten Handlung. Das kann nicht richtig sein; denn im Verfolg dieser Theorie kommt man zu dem absurden Ergebnis, daß eine Vermögensbeschädigung auch dann vorliegt, wenn der Getäuschte schließlich bereichert ist. Er müßte ja nur die betreffende Handlung nicht gewollt haben falls er sich über die Täuschung klar gewesen wäre. Man stelle sich also einmal vor: Herr A kauft eine Vase. Der Verkäufer, der den alten, seiner Auffassung nach völlig wertlosen Ladenhüter absetzen, bei dem finanzkräftigen Herrn A aber auch gerne ein gutes Geschäft machen möchte,

dichtet der Vase alle möglichen Vorteile an, um sie schließlich für 50 Mk. an ihn loszuwerden. Nun sieht zufällig ein kunstverständiger Freund des A die Vase bei ihm stehen, erkennt sie als ein Stück von hohem Altertums- und Sammlerwert und bietet dem A 500 Mk. A willigt in den Kauf ein. — Nun steht fest, A hätte die Vase nie gekauft, hätte ihm der Verkäufer seine wahre Ansicht über die Vase gesagt, daß er nämlich glaube, sie komme nur noch für den Mülleimer in Frage. A hat in diesem Falle über sein Vermögen verfügt, was er nie getan hätte, wäre er nicht durch die Täuschung dazu veranlaßt worden. Nach der eben ausgeführten subjektiven Theorie hat er also durch die Hingabe des Geldes einen Vermögensschaden erlitten, obwohl er — allerdings unbewußt einen Gegenstand erwirbt, der um das Vielfache wertvoller ist als das, was er selbst aufwendet. Wohl hat eine Täuschungshandlung zu einer Vermögensverfügung geführt, und der Verkäufer ist auch überzeugt, daß Herr A in seinem Vermögen geschädigt sei. In Wahrheit ist er es aber doch gar nicht. Er ist vielmehr offensichtlich reicher, vermögender geworden. Der subjektive Gesichtspunkt kann bei der Vermögensbeschädigung also unmöglich den Ausschlag geben. Das ist heute unbestritten [12]).

Gegenüber der subjektiven Theorie ist nach der allein richtigen objektiven Theorie lediglich auf den materiellen Erfolg Rücksicht zu nehmen. Eine Vermögensbeschädigung ist stets dann zu verneinen, wenn der infolge der Täuschung vom Getäuschen vorgenommenen Vermögensdisposition ein Gegenwert gegenübersteht, welcher erstere vollkommen aufwiegt. Der Vasenkäufer kann also nie und nimmer an seinem Vermögen geschädigt sein.

Es könnte nun so aussehen, als ob in unserem Beispiel derjenige, der mit dem eigenen falschen Würfel die untreue Glücksgöttin mit Gewalt sich geneigt machte, keinen Vermögensschaden durch die Zahlung des Einsatzes erlitten hätte, da er ja das, was er als Einsatz hingab, als Gewinn mehrfach wieder zurückerhielt. Er hat, rein objektiv betrachtet, keinen Schaden an seinnem Vermögen erlitten. Und doch stellt sich die Zahlung des Einsatzes als eine Vermögensbeschädigung dar. Um zu diesem richtigen Ergebnis zu kommen, bedarf es zunächst der Lösung der Frage, wie sich nach objektiven Gesichtspunkten eine Vermögensbeschädigung feststellen läßt.

Es ist unbestritten, daß „die Verschlechterung der Vermögenslage nach ihrem Geldwert“ [13]) im Einzelfalle nur durch Zustandsvergleichung festgestellt werden kann. „Die Definition

---

12) so Froeschmann, S. 29; Merkel, S. 26. Sonst überhaupt nicht mehr zur besonderen Diskussion gestellt.
13) Allfeld. S. 474.

des Vermögens gibt uns nur die Möglichkeit, den Vermögenswert in einem gewissen Zustand zu ermitteln. Um festzustellen, ob ein Vermögensschade vorliegt, müssen zwei solcher Zustände in Geldwert umgesetzt, miteinander verglichen werden. Ergibt sich eine Verminderung des Geldwertes, so ist diese Differenz ein Vermögensschade" [14]). Dabei komme, so meint Schönfelder [14]), für den Vergleich der Vermögenszustände zunächst der Zustand vor dem Wirksamwerden der durch die Täuschung und den Irrtum hervorgerufenen Vermögensverfügung in Frage, der dann dem Zustand entgegengehalten werden müsse, wie er durch die Verfügung bewirkt worden sei. Sehr wohl sei nicht erforderlich, daß der Vermögensschade unmittelbar nach der Handlung des Getäuschten vorliegen müsse, es bedürfe jedoch, wenn Handlung und Vermögensschade zeitlich auseinanderlägen, einer besonders sorgfältigen Prüfung des Kausalzusammenhangs. Diese Ansicht vertritt in dauernder Rechtsprechung auch das Reichsgericht, das immer wieder darauf hinweist, daß für die Feststellung, ob ein Vermögensschade entstanden sei oder nicht, „grundsätzlich der Wert, den das Vermögen unmittelbar vor der durch die Täuschung verursachten Vermögensverfügung hatte, mit dem Wert zu vergleichen sei, den es unmittelbar nach und infolge dieser Verfügung hatte" [15]). „Maßgeblich ist dabei die Zeit der Verfügung, daß später Verluste eingetreten sind, genügt nicht zum Nachweis des Vermögensschadens i. S. des § 263 RStGB" [16]). Ausgehend von der oben von uns vertretenen Theorie, daß unter Vermögen alle rechtlich geschützten geldwerten Güter einer Person zu verstehen seien, kann man feststellen, daß ein Vermögensschade stets dann gegeben ist, „wenn das Vermögen in seinem Gesamtwert verringert, d. i. in Geld angeschlagen, nach der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung weniger wert ist als vorher" [17]). Alle die Spielteilnehmer, die ihren Einsatz zahlten, haben mit der Hingabe des Geldes einen Vermögensschaden erlitten; denn sie haben nach Schluß des Spiels nicht mehr das, was sie bei seinem Beginn besaßen. Nur der, der mit dem eigenen Würfel spielte, bekommt nach erfolgter Abrechnung sogar noch mehr, als er vorher hatte; er scheint also durch das Spiel ein gleichwertiges Aeqivalent erlangt und damit keinen Vermögensschaden erlitten zu haben [18]). Bei ihm hat vielmehr der Bankhalter Geld verloren; in seinem Falle

---

14) Schönfelder, S. 34ff.
15) RGStr. 69/354; 69/377.
16) JW 35, 2963.
17) Allfeld, S. 475.
18) Wer für seine Leistung ein gleichwertiges Aequivalent erlangt, erleidet keinen Vermögensschaden, es müßte sonst jeder Käufer in seinem Vermögen geschädigt sein.

hat der Bankhalter einen Vermögensnachteil erfahren. Das trifft schon zu, aber auch der Spieler selbst hat einen Vermögensschaden erlitten. Es bedarf nämlich der Untersuchung, in welchem Zeitpunkte der Vermögensschaden eingetreten ist oder eintritt.

Für die Beantwortung dieser Frage sei darauf hingewiesen, daß der Betrug nicht allein bei Verträgen, sondern auch bei einseitigen Rechtsgeschäften denkbar ist. Da dem Spiel ein Vertrag zugrunde liegt, kann die Betrachtung der Fälle des Betrugs bei einseitigen Rechtsgeschäfte hier ausscheiden. Beim Vertrag ist es nun auch nicht so, daß die betrügerische Handlung jeweils in dem oder jenem Stadium des Vertrags, evtl. in dem Zeitpunkt, in dem beide Parteien ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllt haben oder es doch so scheint, als ob sie sie erfüllt hätten, vollendet ist. Es muß vielmehr ein Unterschied gemacht werden zwischen dem Falle des Betrugs bei Vertragsabschluß und dem bei Erfüllung des Vertrages [19]). Mit Recht wird auf diesen Unterschied hingewiesen und dazu ausgeführt: Eine betrügerische Handlung bei Vertragsabschluß sei dann gegeben, wenn die an den Leistenden bewirkte Gegenleistung geringwertiger sei als die von ihm gemachte Leistung. In diesem Falle seien der Wert der Leistung und Gegenleistung abzuschätzen und hieraus der entstandene Schaden zu ermitteln. „Der Vermögensschade ergibt sich auch bei dem Betrug, der bei Eingehung eines Vertrages begangen wird, durch die Vergleichung des Vermögensstandes des Verletzten, wie er vor dem Abschluß des Vertrages bestanden hat, mit dem, der durch den Vertragsschluß herbeigeführt worden ist“ [20]). Der Vertragsabschluß allein enthält keine Schädigung. Erst wenn der Getäuschte im Vertrauen auf die Gegenleistung nachteilig verfügt, tritt der Vermögensschade ein. Eine nachteilige Verfügung liegt stets dann vor, wenn jemand leistet und die als Ausgleich erworbene Forderung den gemachten Zusicherungen nicht entspricht oder objektiv ungleichwertig ist. Dabei ist der Wert der erhaltenen Gegenleistung wie jeder Vermögenswert nach tatsächlichen und nicht nach juristischen Gesichtspunkten festzustellen. Für die Beschädigung des Vermögens durch Eingehung des Spielvertrages ist nicht entscheidend, ob die Gewinnaussichten, für die der Einsatz hingegeben wird, geringer sind, als man erwartet oder vertraglich erwarten darf, sondern, ob sie weniger wert sind als der Einsatz, den man aufs Spiel setzt“ [21]). Es sind also beim Spielvertrag stets Einsatz und Gewinnmöglichkeit gegeneinander abzuwägen. Bietet das Spiel nicht die Möglichkeit, daß die Spieler

19) hierzu RStr 62/394.
20) RGStr 69/377.
21) RGStr 62/394.

auch nur einigermaßen so viel gewinnen können, als sie einsetzen sollen, so werden sie durch die Hingabe der Einsätze in ihrem Vermögen geschädigt, weil sie durch das Leisten der Einsätze keine Gegenforderung erlangen können, die an Wert dem von ihnen Geleisteten auch nur einigermaßen entspricht. Die Schädigung tritt demnach hier schon in dem Moment der Leistung des Getäuschten ein, weil der Getäuschte selbst dann, wenn der Gegner seinen vertraglichen Verpflichtungen voll und ganz nachkommt, nicht den Wert erhält, den er hingab. Der oben erwähnte Fall gehört aber nicht zu dieser Gruppe von Fällen des Betrugs bei Eingehung von Verträgen. Die Chancen sind in jedem Falle — die Ordnungsmäßigkeit der Würfel vorausgesetzt — zunächst 1 : 1. Wer gewinnt, erhält seinen Einsatz mit Gewinn zurück; wer verliert, hat den Einsatz eingebüßt. Ueber Gewinn und Verlust entscheidet der Zufall. Die Leistung des Spielers besteht in der Zahlung des Einsatzes, die Leistung des Bankhalters in der Auszahlung der Gewinne. Soll ein Eingehungsbetrug vorliegen, müßten die Gewinnaussichten „weniger wert sein als der Einsatz, den man aufs Spiel setzt". Das ist hier nicht der Fall. Daß die Gewinnmöglichkeiten allerdings durch besondere Umstände, nämlich durch die Füllung der Würfel, vereitelt werden, hat auf die Beurteilung des Umstandes, wie sich die Einsatz- und Gewinnwerte zueinander verhalten, keinen Einfluß. Das Geld, das zu gewinnen war, war vorhanden. Der Spielplan sieht auch seine Verteilung an die Gewinner vor. Der Spielplan ist auch für die Spieler nicht nachteilig. Er läßt die Leistungen, die Spieler und Bankhalter treffen, vollkommen gleich erscheinen, nur die Möglichkeit, die im Spielplan vorgesehenen Gewinne zu erlangen, wird durch die unlauteren Machenschaften des Veranstalters vereitelt. Da aber der Einsatz und die zu seinem Ausgleich erworbene Forderung — das sind die Ansprüche, die man im Falle des Gewinns an den Bankhalter stellen kann — in keinem Mißverhältnis zueinander stehen, kann von Eingehungsbetrug keine Rede sein.

Es bleibt also weiter zu prüfen, ob Erfüllungsbetrug gegeben ist. Das träfe zu, wenn der Empfänger nicht das erhält, worauf er nach dem Vertrag einen Rechtsanspruch hat. Es ist hier sehr wohl denkbar, daß der Leistende zwar genau so viel erhält, als er gibt, und trotzdem an seinem Vermögen geschädigt wird; denn hier muß die Leistung so groß sein, als der Leistende nach dem Inhalt des Vertrages verlangen kann [22]. Froeschmann zitiert in diesem Zusammenhang auch ein sehr anschauliches Beispiel: B kaufte von A eine Kuh im Werte von

22) so Froeschmann, S. 33.

100 *RM* um 70 *RM*. In der Nacht stellte A eine Kuh in den Stall des B, indem er behauptet, es sei das gekaufte Tier, und B zahlt an A den vereinbarten Kaufpreis von 70 *RM*. Am nächsten Morgen findet B in seinem Stall die andere Kuh, die zwar 70 *RM*, nicht aber 100 *RM* wert ist. — Hier erhält B ein volles Aequivalent für seine Leistung, aber nicht das Aequivalent, das er zu fordern berechtigt ist. Er ist daher trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung an seinem Vermögen geschädigt. Es dreht sich hier nicht darum, die Gleichwertigkeit von Leistung und angebotener Gegenleistung zu prüfen, vielmehr ist allein zu untersuchen, ob die Gegenleistung tatsächlich so erfüllt wird, wie sie zugesagt, ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde. Was bedeutet das auf unseren Glücksspielfall angewandt?

Nach dem Spielvertrag hatte jeder Spieler einen Anspruch darauf, einen ordnungsgemäßen Würfel zu erhalten. Er hatte das Recht, sich am Spiel zu beteiligen und im Falle des Erfolgs seinen Gewinn in Empfang zu nehmen. Dadurch aber, daß die Würfel gefüllt sind, verringert sich die dem Spieler als Vertragserfüllung gebührende Gewinnmöglichkeit fast auf das Nichts. Was ihm infolge der Machenschaften des Bankhalters unter dem Anschein eines ordnungsmäßigen Glücksspiels als Vertragserfüllung gewährt wurde, hat nur einen ganz geringen Wert. Auf jeden Fall einen viel geringeren als die nach Wort und Sinn des Vertrages wirklich geschuldete Gegenleistung. Wenn der Spieler durch die irrige Annahme, daß das Spiel plan- und vertragsmäßig vor sich gegangen sei, veranlaßt wurde, das ihm nachteilige, vertragswidrige Spiel als Vertragserfüllung hinzunehmen und gelten zu lassen, so verschlechtert sich seine Vermögenslage ohne weiteres dadurch, daß er die ihm gebotene Leistung als Erfüllung annahm [23]). Eine Vermögensbeschädigung liegt also unstreitig bei all denen vor, die ihren Einsatz leisteten und im Vertrauen auf die Ehrlichkeit des Bankhalters mit den falschen Würfeln spielten und dann gewinnlos ausgingen. Bei dem Spieler allerdings, der trotz der gefüllten Würfel durch Zufall gewinnt, kann eine Vermögensschädigung nicht angenommen werden; denn er erhält ja, was ihm versprochen wurde. Wenn auch unter erhöhten Schwierigkeiten, so kann er doch auch ohne diese Schwierigkeiten nichts weiter erreichen. Er ist in seinem Vermögen nicht beschädigt, wenn ihm nur der versprochene Gewinn ausgezahlt wird. Hier kann sich der Bankhalter nur eines Betrugsversuchs schuldig machen, da es am Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung fehlt.

---

23) so auch RGStr. 62/384.

Wie ist es nun mit dem Spieler, der mit dem eigenen Würfel dem Zufall nachhilft und dann den Gewinn in Empfang nimmt? Er hat den Einsatz bezahlt, und auch ihm werden die falschen Würfel angeboten. Die ihm angebotene Leistung ist nicht geeignet, die vertragsmäßige Gegenleistung darzustellen. Würde er den gezogenen Würfel benutzen, müßte er auch aller Voraussicht nach verlieren. Auch seine Chancen sind demnach geringer als dem Vertrage gemäß. Durch das geringwertigere Anerbieten ist auch er schlechter gestellt, in seinem Vermögen geschädigt. Seine Leistung ist vollwertig. Durch die Täuschung wird er veranlaßt, zunächst eine geringwertigere Leistung als Erfüllung anzunehmen. Daß er schließlich doch gewinnt, weil er den fremden mit dem eigenen Würfel vertauscht, hat darauf keinen Einfluß mehr, daß der Bankhalter zunächst mangelhaft erfüllte. Die letztlich an ihn erfolgende Auszahlung entspringt nicht dem normalen Spielverlauf, sondern gründet sich auf die eigenen betrügerischen Manipulationen. Er erleidet also zunächst einen Vermögensschaden, weil er eine geringere Chance als Erfüllung annahm. Anders wäre es, wenn er sofort nach Erhalt der Würfel den Tausch vornähme. Hier ließe er sich auf das Erfüllungsangebot, das die Stellung der Würfel mitumfaßt, gar nicht ein. Er würde die angebotene Leistung, die zur Erfüllung führen sollte, ausschlagen. Der Bankhalter hat dann einen vergeblichen Versuch gemacht, ihn in seinem Vermögen zu beschädigen; denn er bedient sich nicht der in ihrer Qualität geminderten Chance. Hier kann sich der Bankhalter nur einer versuchten Vermögensbeschädigung schuldig gemacht haben, wobei keine Rücksicht darauf zu nehmen ist, ob der Falschspieler mit seinen eigenen Würfeln nun gewinnt oder verliert. Würde er verlieren, so wäre der Vermögensverlust ja nicht durch den falschen Würfel des Bankhalters verursacht worden, vielmehr hätte er selbst die Ursache zu seinem Spielverlust gesetzt.

Eine nachträgliche Rückvergütung der durch die Täuschungshandlung vom Bankhalter oder dem Spieler erlangten Beträge schafft den einmal eingetretenen Vermögensschaden natürlich nicht aus der Welt [24]).

Wir gingen bislang davon aus, daß die Einsätze vor Beginn des Spiels bereits bezahlt waren; das trifft nicht immer zu. Es kommt nicht selten vor, daß erst am Ende des einzelnen Spielgangs, ja oft sogar erst nach sämtlichen Spielen, die Gewinn- und Verlustpunkte zusammengestellt und daraus errechnet wird, wer aus dem Spiel berechtigt und wer verpflichtet ist. Nach erfolgter Abrechnung sind folgende Fälle denkbar:

---

24) so Allfeld, S. 476.

1. Die Verlierer haben, durch betrügerische Manipulationen der Spielgegner getäuscht, ihre Partien verloren, sie zahlen anstandslos, ohne den Betrug zu merken.

2. Die verlierende Partei erklärt, sie werde ihren Spielverpflichtungen nicht nachkommen, obwohl das Spiel in fairster Weise gespielt wurde.

Zunächst zu Fall 2: § 762, I, S. 1 BGB bestimmt: „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet". Es ist oben bereits ausgeführt, daß eine dem Gewinner zustehende Spielforderung nicht dem Vermögen des Forderungsinhaber zugerechnet werden darf. Ob der Spielschuldner bezahlen will oder nicht, hängt von seinem Willen und vielleicht von seinem Ehrgefühl ab. Kraft Gesetzes ist er zur Zahlung nicht verpflichtet. Der Gläubiger hat auf die Spielschuld keinen rechtlichen Anspruch. Um etwas, was er nicht auf gesetzlichem Wege vom Schuldner erzwingen kann, kann er aber nicht geschädigt sein. Die Spielforderung stellt keinen rechtlich geschützten Anspruch dar. Durch das Erlangen einer Spielforderung wird das Vermögen nicht vermehrt; es kann deshalb durch das Nichtbegleichen der Spielforderung der Gläubiger auch keinen Vermögensschaden erleiden.

Das könnte höchstens in folgendem Falle eintreten: A und B spielen, B verliert. Er sagt dem A wahrheitsgemäß, er habe heute kein Geld bei sich, werde aber morgen bestimmt seine Spielschuld bezahlen. A ist über den hohen Gewinn äußerst glücklich. Er geht in ein fremdes Restaurant, verzehrt ein opulentes Mahl und gibt in der Freude seines Herzens dem Kellner noch 3 *RM* Bedienung über das Bedienungsgeld hinaus. Er wird ja morgen mehr als das Doppelte von dem, was er heute ausgibt, von B zurückerhalten. B hat sich aber die Sache mit der Spielschuld über Nacht noch einmal überlegt, hat auch gehört, daß A „auf seine Kosten" so nobel gelebt habe, und teilt am Morgen dem A seinen Entschluß mit, er werde seine Spielschuld nicht bezahlen. — Hier ist A in seinem Vermögen offensichtlich geschädigt. Es mag dahingestellt bleiben, ob er durch das Bestellen des für seine Verhältnisse viel zu teuren Abendessens, das zumal dann, wenn der erhaltene Gegenwert, den das Abendessen darstellt, dem hingegebenen Preis vollauf entspricht, geschädigt ist. Er ist es jedenfalls um die 3 *RM*, die er dem Kellner gab. Diese Vermögensbeschädigung hat mit dem Glücksspiel als solchem nichts zu tun; denn sie kommt nicht dadurch zustande, daß die Spielschuld nicht bezahlt wird. A beschädigt sein Vermögen durch seine eigene, freie Verfügung. Aber er hat die Verfügung nur deshalb getroffen, weil er glaubte, B werde seinen Verpflichtungen aus dem Spielvertrag auf jeden

Fall nachkommen. Trotz des unstreitig eingetretenen Vermögensschadens hat sich B keines Betrugs schmldig gemacht; denn er hat keine falsche Tatsache vorgespiegelt. Sein Versprechen, er wolle und werde seine Spielschuld bezahlen, entsprach ja seinem wahren Willen. Es war ursprünglich seine Absicht, die Ehrenpflicht zu erfüllen; wenn er sich später anders besann und die Zahlung verweigerte, so tat er damit kein Unrecht. Für derartige Fälle muß die Anwendbarkeit des § 263 RStGB an dem mangelnden Tatbestandsmerkmal der Täuschungshandlung scheitern.

Eine umfassendere Stellungnahme werden die von Nr. 1 erfaßten Fälle erfordern: Der Betrogene Spielschuldner zahlt, ohne den Betrug zu ahnen, oder er gibt den vor Spielbeginn geleisteten Einsatz verloren. Hier hat er einen Vermögensschaden erlitten, denn er hat etwas hingegeben, was einen geldwerten Teil seines Vermögens darstellt, ohne die vertragsmäßige Gegenleistung zu erhalten.

Es erhebt sich jedoch die Frage, ob eine Vermögensschädigung auch dann vorliegt, wenn das zivile Recht keinen Anspruch auf Rückgewähr des hingegebenen Vermögenswertes gibt. Man müßte dann annehmen, der Empfänger habe die Leistung im Einklange mit den Bestimmungen des Zivilrechts erlangt, zumindest habe er durch die Annahme nicht gegen es verstoßen, sonst müßte es ihm doch die Rückgewähr des Empfangenen zur Auflage machen. Fehlt es an dieser Rückerstattungspflicht, so billigt das Zivilrecht die Vermögensverschiebung. Was aber vom zivilen Recht gebilligt wird, kann das Strafrecht nicht verdammen. Wir werden uns deshalb zunächst die Frage vorlegen müssen, ob der Gewinner beim Glücksspiel verpflichtet ist, den Gewinn zurückzuerstatten, d. h. ob der Verlierer einen rechtlichen Anspruch auf Rückerstattung hat. Steht ihm ein solcher Anspruch zu, so scheint er einen Vermögensschaden erlitten zu haben. Mißbilligt das Zivilrecht die Vermögensübertragung, entfällt der Erstattungsanspruch, so heißt das Zivilrecht die Vermögensübertragung gut, und ein unlauterer Vermögensgewinn scheint nicht vorzuliegen.

Die Frage scheint keine besonderen Schwierigkeiten zu bergen. § 762 BGB bestimmt eindeutig: „Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestand". Wer also seine Spielschuld bezahlt, scheint deshalb keinen Vermögensschaden zu erleiden, weil ihm ein Rückforderungsrecht des auf Grund des Spielvertrags Geleisteten nicht zusteht. § 762 BGB spricht vom Spiel schlechthin, wir vom Glücksspiel. Das Glücksspiel, soweit es verboten ist, und der ihm zugrunde liegende Spielvertrag verstoßen gegen die gesetzlichen Normen. Die

rechtsgeschäftlichen Abwicklungen, die sich aus dem Spielvertrag ergeben, sind demnach gesetzwidrig. Gemäß § 134 BGB ist aber „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig". Das hat zur Folge, daß sämtliche, aus dem Spielvertrag sich ergebenden Maßnahmen der Rechtswirksamkeit entbehren. Es scheint deshalb dem Spieler, der seine Spielschuld beglichen hat, in diesen Fällen jederzeit die Möglichkeit offenzustehen, im Klageweg seine Leistung als unberechtigte Bereicherung von dem Gewinner zurückzuverlangen. Allein diesem Anspruch kann der Gewinner mit der Vorschrift aus § 817, S. 2 BGB wirksam entgegentreten, denn § 817 bestimmt: War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden." Würde der Empfänger des Spielgewinns durch die Annahme allein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, wär er zur Herausgabe verpflichtet. Da aber in unserem Falle bei Auszahlung des Spielgewinns sowohl dem Geber wie dem Empfänger der gleiche Verstoß zur Last fällt, findet § 817, S. 2 Anwendung, und eine Rückforderung ist ausgeschlossen. Sowohl der Gewinner als der Verlierer wissen, daß sie sich durch das Spielen des Glücksspieles einer strafbaren Handlung schuldig machen und „wenn dann das Gesetz bei der verwerflichen Handlungsweise des Gebers und des Empfängers den Rückforderungsanspruch versagt, so geschieht das nicht, um den Empfänger zu schützen oder zu belohnen, da er einen solchen Schutz oder Lohn wahrlich nicht verdient hat, sondern aus der Erwägung heraus, daß der verwerflich handelnde Geber sich durch seine unsittliche Handlungsweise des Anspruchs auf staatlichen Schutz begeben hat. Was er geleistet hat, hat er auf eigene Gefahr hingegeben; es ist ihm verloren" [25]). Ist der Leistende aber für seine Handlungsweise allein verantwortlich und entzieht ihm der Staat seinen Schutz, so kann man, wenn man die Vorschriften des Zivilrechts auch für das Strafrecht für bindend hält, zu dem Schluß kommen, daß eine Vermögensbeschädigung dann nicht vorliege, wenn das Geleistete auf Grund des § 817, S. 2 BGB nicht zurückverlangt werden könne. Diesen Standpunkt vertrat ursprünglich auch das Reichsgericht. Ihm schlossen sich Merkel und Froeschmann an. Merkel folgert im Verfolg der von ihm vertretenen Meinung:

25) DJZ 1936, 135.

„Unmöglich kann dort Betrug vorliegen, wo das Zivilrecht dem Getäuschten kein Klagerecht zur Rückforderung des durch die Täuschung verlorenen Vermögens gibt. Es wäre geradezu widersinnig, wollte man behaupten, daß Verletzungen eines Vertrags, der gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt, zu dessen Durchführung der Staat seine Machtmittel nicht leiht, von demselben Staat strafrechtlich geschützt werden müßten. Dies hieße mit der einen Hand geben, was mit der andern genommen wird“ [26]).

Aehnliches führt Froeschmann aus, wenn er sagt, daß der Staat „sich nicht darauf beschränken kann, nur mit zivilrechtlichen Schutzmitteln dem bei Abschluß des Vertrags Geschädigten zu Hilfe zu kommen, da dieses sehr häufig nicht ausreiche, sondern denjenigen, der die Rechtsordnung verletzt, auch strafrechtlich verfolgen muß. Durch die Rechtsordnung soll der Wille des Einzelnen, soweit er mit Recht und Gesetz in Einklang steht, geschützt werden. Wird der Wille des Einzelnen verletzt und stellt sich diese Verletzung als eine Verletzung des mit dem Willen des einzelnen sich identifizierenden Willens der Gesamtheit dar, so ist damit für den Staat auch die Notwendigkeit strafrechtlichen Einschreitens gegeben. Verweigert hingegen der Staat dem Verletzten seinen Schutz, so kann die Ursache hierfür nur darin zu finden sein, daß der Wille des Staates sich mit dem Willen des Einzelnen nicht identifizieren, sich nicht solidarisch erklären kann. Der Rechtsgrund, der den Staat veranlaßt, in dem einen Fall einzuschreiten und in dem anderen Fall seine Unterstützung zu versagen, ist die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung. Diese allgemeinen Grundsätze gelten für das Strafrecht, wie für das Zivilrecht in gleicher Weise. Wir haben gesehen, wie der Staat gewissen Rechtsgeschäften die Anerkenntnis versagt, und zwar deshalb, weil dieselben gegen das Gesetz oder gegen die sittliche Volksanschauung verstoßen. Versagt aber der Staat auf dem Gebiet des Zivilrechts solchen unsittlichen oder gesetzwidrigen Verträgen überhaupt die Anerkennung, so kann er dieselben auch im Gebiete des Strafrechts nicht für rechtsgültig erklären. Verweigert er dort dem beim Abschluß solcher Verträge Getäuschten das Rückforderungsrecht oder den Anspruch auf Schadensersatz, so kann er diese Verletzung doch hier strafrechtlich nicht anwenden. Dabei muß allerdings nicht nur der Täuschende, sondern auch der Getäuschte unsittlich oder gesetzwidrig handeln, erst dann entfällt die Möglichkeit des Betrugs im Sinne des § 263 RStGB“ [27]). Daß ein

26) Merkel, S. 20.

27) so Froeschmann, S. 46—50.

Vermögensschade dann nicht eingetreten sei, wenn der Leistende seine Leistung wegen des Entgegenstehens des § 817 S. 2 BGB nicht mehr zurückverlangen könne, hat auch das Reichsgericht in älteren Entscheidungen zu wiederholten Malen festgestellt. Bekannt ist jene Entscheidung, wo der Verkäufer durch Erhalt eines hohen Kaufpreises für ein billiges und absolut untaugliches Abtreibungsmittel einen Vermögensvorteil erlangt hatte. Die Vermögensbeschädigung bestehe hier nicht in der Aufwendung und Zahlung des Kaufpreises, vielmehr darin, daß dieser eine nicht im geringsten entsprechende Gegenleistung gegenüberstehe. Wolle man dieses Mißverhältnis rechtlich als eine Beschädigung erachten, so müsse unterstellt werden, daß der Getäuschte auf die vollwertige Gegenleistung einen Rechtsanspruch besessen habe. Dies sei ein Widerspruch in sich selbst [28]. Der Getäusche hat dieser Ansicht nach also deshalb keinen Vermögensschaden erlitten, weil er für die von ihm erbrachte vollwertige Leistung mit den Mitteln des zivilen Rechts weder die Gegenleistung, so, wie sie ihm versprochen war, erzwingen kann, noch durchzusetzen vermag, daß der Bereicherte das, was er über den Wert seiner Gegenleistung hinaus tatsächlich erhalten hat, nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückerstatten muß. In logischer Fortsetzung dieser Gedanken kommt man zu dem Schluß, daß ein Betrug beim Glücksspiel überhaupt undenkbar sei; denn hier kann der, der den Spielgewinn erhalten hat, durch nichts gezwungen werden, das erhaltene zurückzugeben. Der Verlierer könnte deshalb nie einen Vermögensschaden erleiden. Auch Merkel kommt zu dieser Auffassung, wobei er von der Regel nur dann eine Ausnahme gemacht wissen will, wenn der Geprellte nicht den nötigen Einblick in die Sachlage gehabt hätte, um die unsittliche Qualität der versprochenen Gegenleistung einzusehen. Hier soll Betrug denkbar sein [29].

Die bisher herausgestellte Auffassung geht von einer falschen Grundlage aus. Es ist nicht richtig, wenn sie sich darauf beruft, daß das Strafrecht zur Unterstützung des Zivilrechts da sei und nur dem Interesse des Einzelnen dienen müsse. Nur aufbauend auf der Theorie, daß die Gesetze zum Schutze des Einzelindividuums da seien, kann man zu der Merkelschen Ansicht kommen. Diese Auffassung ist aber durch die Erkenntnisse, besonders durch das nationalsozialistische Rechtsdenken, klar widerlegt. Die Gesetze dienen nicht dem Einzelnen und seiner Erhaltung, sondern der Erhaltung und Sicherung der Gesamtheit, des ganzen Volkes. Damit ist nicht gesagt, daß sämtliche Gesetze, wenn sie auch alle einem Zweck dienen, das jeweils in der

28) RGStr. 115/315; 19/186.
29) Merkel, S. 21.

gleichen Weise tun müssen. Es muß vielmehr untersucht werden, in welcher Form das Gesetz seinen Zweck erreichen soll. Das Zivilrecht will dem Schutze des Volksganzen dienen, indem es die Beziehungen der Einzelglieder des Volkes so regelt, wie es für die Gesamtheit am zuträglichsten ist. Das Strafrecht sieht nur die Handlung des Einzelnen an, ob sie dem Ganzen zum Vorteil oder Nachteil gereicht. Es bedroht diejenigen vom Einzelnen oder mehreren Einzelnen begangenen Taten, die für die Gesamtheit schädlich sind, mit Strafe ohne Rücksicht darauf, ob die Handlung für einen Einzelnen günstig oder ungünstig ist. Wenn nun der Gesetzgeber des zivilen Rechts bestimmte, daß die Rückforderung einer Leistung dann ausgeschlossen sein solle, wenn Empfänger und Leistender mit Annahme und Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, so wollte er damit lediglich zum Ausdruck bringen, daß er es im Interesse der Allgemeinheit nicht für günstig halte, dem Empfänger eine Rückgabepflicht aufzuerlegen. Er wollte damit kein Werturteil über die Handlungsweise der beiden Vertragsparteien abgeben und sicher nicht die Handlungsweise des Empfängers als nachahmenswert empfehlen, ihn schützen oder belohnen für seine Tat. Nicht darüber hatte sich der Gesetzgeber des bürgerlichen Rechts zu besinnen, ob er die Handlungsweise des Empfängers für strafwürdig erklären solle oder nicht, er hatte lediglich über eine eventuelle Rückübertragungspflicht des Empfängers zu entscheiden, also darüber, ob er einer neuen Rechtsbeziehung zwischen den Parteien stattgeben wolle. Und das hat der Gesetzgeber abgelehnt. Mit dieser Entscheidung hat er aber höchstens erklärt, daß er es im Interesse der Allgemeinheit nicht für wünschenswert halte, daß aus der Vermögensübertragung ein ziviler Rechtsstreit entstehe. Er hat aber nicht zum Ausdruck gebracht, daß die Handlungsweise des Empfängers als solche nicht dem Allgemeininteresse widerspreche. Der Gesetzgeber hatte nur zu beurteilen, ob ein Rückforderungsrecht zwischen den Parteien, eine Rechtsbeziehung zwischen den Betroffenen, für gegeben oder nicht gegeben erachtet werden soll, und für diese Entscheidung hat er das Wohl und Wehe der Allgemeinheit zum Maßstab zu nehmen. Der Strafrechtler dagegen hat zu untersuchen, ob der Empfänger durch seine Handlungen, insbesondere durch die Annahme der Leistung, eine Tat begangen hat, die — weil schädlich für die Gesamtheit — mit Strafe gesühnt werden muß. Das Zivilrecht trifft demnach eine Bestimmung darüber, welche Folgerungen es aus bestehenden Verhältnissen zulassen will. Das Strafrecht hat allein über die Tat selbst zu entscheiden. Es kann daher in unserem Falle die Bestimmung des § 817, S. 2 BGB für das Strafrecht keine so weitgehende Bedeutung haben,

daß die Versagung des Rückerstattungsanspruchs für den Leistenden bedeuten soll, er habe keinen Vermögensschaden erlitten. Es muß vielmehr auch hier das Vorliegen des Vermögensschadens objektiv rein tatsächlich festgestellt werden, und diese Feststellung muß dem Strafrichter genügen. Das Reichsgericht hat mit seiner ursprünglich von ihm vertretenen Ansicht schließlich auch gebrochen und in einer Plenarentscheidung [30]) den Standpunkt eingenommen, daß ein Vermögensschade beim Leistenden auch dann gegeben sei, wenn ihm ein Anspruch darauf, das Hingegebene zurückzufordern, nicht zustehe. Zur Begründung seiner neuen, von ihm dann dauernd geübten Rechtsprechung in dieser Frage führt es aus: „Der Begriff des Vermögens ist in § 263 RStGB im wesentlichen wirtschaftlich zu verstehen. Für den Begriff des Vermögens in § 263 RStGB ist nicht Voraussetzung, daß es rechtlich geschützt ist. Jede wirtschaftliche Minderung der geldwerten Güter einer Person ist eine Vermögensbeschädigung, auch wenn die Privatrechtsordnung den Geschädigten nicht schützt. Ist daher der Vertrag gemäß §§ 134, 138, 306, 309 BGB nichtig, so wird derjenige, der — infolge einer Täuschung — trotz der Nichtigkeit vorleistet, nicht erst durch die Vorenthaltung der Gegenleistung geschädigt, sondern schon dadurch, daß er vorleistet, obgleich er, abweichend von dem sonst geltenden Privatrecht, keinen Anspruch auf die Gegenleistung hat und auch durch die Vorleistung nichts erlangt. Allerdings spricht § 817, S. 2 BGB dem Vorleistenden das Rückforderungsrecht ab. Damit hat das Privatrecht aber die Vermögensverminderung weder aus der Welt schaffen wollen, noch können, sondern nur den Wiederausgleich der unleugbar eingetretenen Vermögensverminderung abgelehnt. Es arbeitet hier mit einer sog. Fiktion. Diese ist für das Strafrecht ausgeschlossen. Der Wiederausgleich, den § 817 BGB versagt, spielt für § 263 RStGB keine Rolle. Man kann also höchstens sagen, daß die Privatrechtsordnung den Schaden nicht anerkennt, die Tatsache des Schadens beseitigt sie nicht."

Ergänzend setzt Olshausen noch hinzu, daß nach der neuen Auffassung des § 817 BGB dieser nur reine Bereicherungsansprüche, nicht aber Ansprüche aus unerlaubter Handlung treffe. Der gegen ein gesetzliches Verbot Verstoßende oder sittenwidrig Handelnde brauche den Schaden, der ihm durch Betrug zugefügt sei, auch bürgerlich-rechtlich nicht ersatzlos hinzunehmen. Im übrigen schütze die Privatrechtsordnung auch sonst Rechtsverhältnisse, die auf rechtswidriger Grundlage beruhten, z. B. den Besitz des Diebes gegen verbotene Eigenmacht. Für Betrug sei dabei ein ursächlicher Zusammenhang nicht deshalb zu vernei-

30) RGStr. 44/230.

nen, weil der Getäuschte gewußt habe, daß ihm kein Anspruch auf die Gegenleistung zustehe (oder genauer, die Umstände gekannt habe, die das Rechtsgeschäft nichtig machten). Es kommt nicht darauf an, ob der Täuschende die Absicht haben konnte, sich zu einer Leistung zu verpflichten, die er nicht wirksam zusagen konnte, und ob das dem anderen bekannt war. Entscheidend sei vielmehr, ob der Täter die Absicht vorspiegelte, die zugesagte Leistung trotz Nichtigkeit der Verpflichtung zu bewirken. Täusche er in dieser Beziehung und werde der andere dadurch bewogen, vorzuleisten, so bestehe der ursächliche Zusammenhang [31]).

Und weiter führt Olshausen a. a. O. aus, daß das Reichsgericht mit Recht betone, daß seine Auffassung nicht die Strafbarkeit von Vertragsbrechern bedeute, die bürgerlich-rechtlich keine solchen seien, strafbar sei vielmehr nur die Vermögensbeschädigung.

Der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung kann nur Beifall bezeugt werden. Es kann für die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Vermögensschadens nicht darauf Rücksicht genommen werden, ob das Zivilrecht eine Ausgleichsmöglichkeit für den erlittenen Vermögensanteil bietet oder nicht. Ist das Vermögen einer Person als die Summe ihrer geldwerten Güter durch irgend etwas im Gesamtwert vermindert worden, so ist ein Vermögensschade i. S. des § 263 RStGB gegeben. Nur eine derartige Entscheidung wird der Wirklichkeit und dem gesunden Volksempfinden gerecht.

Wir kommen also zu dem allein zu billigenden Ergebnis, daß der Leistende auch stets dann einen Vermögensschaden erleidet, wenn er das Geleistete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung nicht mehr zurückverlangen kann. Für unsere Fallstellung folgern wir, daß der Spieler stets dann an seinem Vermögen beschädigt ist, wenn er seinen vorausgezahlten Einsatz nach den betrügerischen Manipulationen verloren gibt, weil er glaubt, er habe im ehrlichen Spiel verloren oder wenn er nach beendetem Spiel seine Verlustpunkte bezahlt.

Für die Feststellung, ob ein Vermögensschade eingetreten ist, muß von dem Begriff des Vermögenswertes ausgegangen werden. Ist das Gesamtvermögen um einen vermögenswerten Bestandteil vermindert worden, so liegt eine Vermögensbeschädigung vor. Der Vermögensnachteil wird in den meisten Fällen ein wirklicher Schade, eine tatsächliche Verminderung sein, wie dies der Fall ist, wenn der Verlierer eine gewisse Summe Geldes hingibt, oder seinen Ring dem Gewinner aushändigt oder seine goldene Uhr versetzt. Der Vermögensschade kann aber auch ein

---

31) Olshausen § 263 Anm. 18 II B a.

entgangener Gewinn sein [32]. In diesem Falle muß der Gewinn aber auch schon als Vermögenswert gerechnet werden können. Eine bloße Aussicht oder einen erhofften Gewinn wird man im allgemeinen nicht zum Vermögen rechnen dürfen, solange kein rechtlich begründeter Anspruch besteht oder besondere Umstände vorliegen, aus denen sich mit einer gewissen Sicherheit ergibt, daß der Gewinn auch tatsächlich erlangt wird [33]. Sein Verlust bedeutet somit auch keinen Vermögensschaden.

Für den Betrug ist es im übrigen nicht erforderlich, daß der Betrogene genau weiß oder es sich überhaupt bestimmen läßt, um welchen Betrag er betrogen wurde. Die Feststellung allein, daß er einen Vermögensschaden erlitten hat, genügt [34].

Als Ergebnis unserer Betrachtung können wir sagen, daß im Rahmen des Glücksspiels auch das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung verwirklicht werden kann.

Für die Vollendung der Betrugshandlung ist weiter erforderlich, daß der Täter bestrebt ist, durch seine Handlungen sich selbst oder Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Wie steht es hiermit beim Glücksspiel?

3. Der Vermögensvorteil.

Nach der vorgehenden Erörterung der Begriffe des Vermögenswerts und des Vermögensschadens wird es hier keiner besonderen Ausführungen bedürfen. Es ist einleuchtend, daß der Gewinner, wenn er die beim Spiel gewonnene Summe eingestrichen hat, sein Vermögen um den vereinnahmten Betrag vermehrte, insoweit also einen Vermögensvorteil erfahren hat. Wird das Gesamtvermögen um etwas vermehrt, was nach unserer obigen Definition als Vermögenswert angesehen werden muß, so ist die erlangende Person günstiger gestellt als ehedem, sie hat einen Vermögensvorteil erlangt. „Vermögensvorteil ist jede Vermehrung des Gesamtgeldwerts des Vermögens einer Person" [35] oder nach Froeschmann: „Jede Verbesserung der Vermögenslage einer Person". Es wird ein Vorteil, der einen Geldwert hat, ein Vorteil, der sich seinem Wert nach in Geld — wenn auch nur ziffernmäßig — ausdrücken läßt, kurz, es wird ein pekuniärer Vorteil verlangt [36]. Es wird jedoch nicht stets schon die erfolgte Vermehrung verlangt, wenn ein Vermögensvorteil gegeben sein soll; auch die erhöhte Sicherung des vor-

---

32) Olshausen § 263 Anm. 19.
33) Frank § 263 Anm. V 3 b.
34) Olshausen § 263 Anm. 18, III und 23.
35) Jehle, S. 23,
36) Froeschmann, S. 22.

handenen Vermögens oder dergleichen wird unter Umständen schon die Annahme rechtfertigen, daß ein Vermögensvorteil gegeben sei [37]). Allerdings müsse der Vorteil in diesem Falle doch wenigstens in Geld abgeschätzt werden können. Nicht jede unmittelbare oder mittelbare Verbesserung der Vermögenslage in irgend einer Beziehung dürfe als Vermögensvorteil eingeschätzt werden [38]). Man wird bei der Bestimmung dessen, was unter Vermögensvorteil zu verstehen sei, mit Recht keinen allzu engen Standpunkt vertreten. — Nun aber verlangt § 263 RStGB, daß der Vermögensvorteil ein rechtswidriger sein müsse.

d) Wann ist ein Vermögensvorteil rechtswidrig?

Stellen wir uns das eingangs erwähnte Beispiel in folgender Abwandlung vor: Einer der Spielteilnehmer hat gutgläubig mit dem falschen Würfel gespielt und, wie das nicht anders zu erwarten war, sein Spiel verloren. Er zahlt nach Verlust der Partie den vereinbarten Betrag an den Bankhalter. Dieser hat durch den Erhalt der Summe einen Vermögensvorteil erlangt. Ist er rechtswidrig?

Die Frage, was einen Vermögensvorteil zu einem rechtswidrigen mache, wird nach verschiedenen Gesichtspunken beurteilt und dementsprechend zu lösen versucht.

Unstreitig ist ein Vermögensvorteil, der von der Rechtsordnung gebilligt wird, nicht rechtswidrig. Belanglos ist dabei, ob der Anspruch, der den Vermögensvorteil begründet, bestritten ist oder nicht, ob er freiwillig erfüllt worden wäre oder nicht [1]). Wird der Vermögensvorteil auf Grund eines tatsächlich bestehenden, also von der Rechtsordnung gebilligten Anspruchs erlangt, so kann er logischerweise nicht rechtswidrig sein.

Aus dem eben Gesagten läßt sich schon folgern, daß bei Beurteilung der Frage, nach der Rechtsart eines Vermögensvorteils untersucht werden muß, ob die Erlangung des Vorteils, also die Art und Weise der Uebertragung des Vermögenswertes, das Gegebensein oder Nichtgegebensein des Moments der Rechtswidrigkeit entscheidend beeinflußt, oder ob das tatsächliche Vorhandensein des Vermögensvorteils, der Umstand also, daß die geldwerten Güter einer Partei um weitere Vermögenswerte vermehrt sind, nur dann rechtswidrig ist, wenn besondere Umstände vorliegen. Es muß geprüft werden, ob die Handlung, die

---

37) Olshausen § 263 Anm. 43; Frank § 263 Anm. VII, 3. — Diese Gedanken werden von Froeschmann, S. 22 abgelehnt.
38) Jehle, S. 27/28.
1) Jehle, S. 47.

zur Erlangung des Vermögensvorteils führt, diesen gegebenenfalls zu einen rechtswidrigen macht oder ob erst der Erfolg, also das Ergebnis der Handlung, die Beurteilung zuläßt. Die Frage ist, ob der Vermögensvorteil rechtswidrig erlangt oder rechtswidrig besessen wird.

Es haben sich dementsprechend zwei Meinungen gebildet. Die eine vertritt den Standpunkt, die Rechtswirdigkeit des Vermögensvorteils sei in dem Mittel seiner Erlangung zu erblicken. Die Handlungen, die zur Erlangung des Vorteils führten, sollen über das Vorliegen des Moments der Rechtswidrigkeit entscheiden. Dieser Ansicht tritt Jehle bei. Er führt aus: Es sei die Art und Weise der Herbeiführung, die einen Vermögensvorteil in aller Regel zu einem rechtswidrigen mache (S. 46). Es bleibe somit zu untersuchen, wann ein durch Täuschung, Drohung oder Gewalt herbeigeführter Vermögensvorteil ein rechtswidriger sei. Natürlich liege ein rechtswidriger Vermögensvorteil dann nicht vor, wenn die Erwerbshandlung, die Bestimmung einer Person durch Täuschung oder Drohung keine rechtswidrige, sondern eine von der Rechtsordnung gebilligte sei (S. 48). Aus diesem Satze lasse sich folgern, daß ein widerrechtlicher Vermögensvorteil immer dann vorliege, wenn Täuschung, Drohung und Gewalt widerrechtlich angewandt würden. Die Täuschungshandlung soll stets rechtswidrig sein; nur die allgemeinen Unrechts- und Schuldausschließungsgründe sollen hier Platz greifen (S. 51). Bei der Drohung sei die Unterscheidung etwas schwieriger, insofern hier das Bedrohen mit erlaubten Maßnahmen, „mit an sich zulässigen Handlungen“, nicht widerrechtlich sein soll. Zusammenfassend könne man sagen (S. 57): Rechtswidrig sei jeder Vermögensvorteil, der durch widerrechtliche Bestimmung mittels Drohung oder arglistiger Täuschung herbeigeführt sei, es sei denn, daß das Recht die definitive Vermögensverfügung billige. Gerade mit dem Schlußsatz gibt aber Jehle selbst zu, daß letztlich nicht die Widerrechtlichkeit der Mittel entscheidet, daß vielmehr das Recht das Ergebnis gleichwohl billigen kann, wenn es auch die Mittel mißbilligt. Es erscheint daher unrichtig, die Mittel, die zur Erlangung des Vorteils führen, als Kriterium dafür zu wählen, ob Rechtswidrigkeit gegeben sei.

Die zweite Meinung vertritt denn auch den Standpunkt, daß es bei der Entscheidung über das Vorliegen der Rechtswidrigkeit nur darauf ankomme, ob der geschaffene Erfolg ein rechtlich ge- oder mißbilligter sei, die Rechtswidrigkeit sei in der Beschaffenheit des Vermögensvorteils selbst zu suchen. Im Verfolg dieser Gedanken ist man zu der Ansicht gelangt, daß der Vermögenszuwachs dann als ein rechtlich erlaubter angesehen

werden müsse, wenn er nicht mehr auf Grund irgend welcher privat- oder öffentlich-rechtlicher Normen zurückverlangt werden könne, wenn also dem Verlierer jeglicher Ersatzanspruch gegen den Inhaber des Vorteils fehle. Diese Auffassung wird man ablehnen müssen. Sie ist zu eng und wird insbesondere der Bestimmung des § 817 BGB nicht gerecht. Wäre nach § 817, S. 2 BGB ein Zurückforderungsrecht ausgeschlossen, so könnte kein Betrug vorliegen, da der Vermögensvorteil kein rechtswidriger wäre. Die Bedeutung des § 817, S. 2 BGB ist oben im Zusammenhang mit der Frage des Vermögensverlustes schon eingehend dargestellt worden. In diesem Zusammenhang sei nur noch darauf hingewiesen, daß das Zivilrecht in der Vorschrift des § 817, S. 2 BGB keineswegs über Rechtlichkeit und Widerrechtlichkeit des Erwerbs entscheiden will; es will mit dieser Vorschrift vielmehr nur jegliche Verbindung mit derartigen Geschäften und ihren Machern lösen.

Die beiden bisher ausgeführten Ansichten befriedigen nicht. Man wird daher mit Recht der vermittelnden Theorie folgern, die auch als die herrschende anzusehen ist. Sie geht davon aus, daß unter einem rechtswidrigen Vermögensvorteil ein solcher zu verstehen sei, den zu beanspruchen man kein Recht habe [2]), zu dessen Begründung weder ein Rechtssatz des öffentlichen noch des bürgerlichen Rechtes diene [3]). Darauf, ob die Mittel der Erlangung rechtlich oder widerrechtlich sind, wird keine Rücksicht genommen. Es wird nur geprüft, ob ein rechtlich begründeter Anspruch bestand. War der Anspruch begründet, so wird er im Falle seiner Verwirklichung nicht dadurch rechtswidrig, daß die Mittel, die zur Verwirklichung führten, rechtlich nicht erlaubt waren. „Der Tatbestand des Betrugs erfordert nicht die Absicht der rechtswidrigen Verschaffung eines Vermögensvorteils, sondern die Absicht der Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils. Es handelt sich daher nicht um das Mittel der Erlangung, sondern um die Beschaffenheit desjenigen Vermögensvorteils, der infolge seines Uebergangs in das Vermögen des Täters dort den Vermögensvorteil als eine durch die Zustandsvergleichung sich ergebende rechnerische Größe herbeiführt. Ist der zugeführte Vermögensteil ein solcher, auf dessen Uebertragung der Erwerber einen rechtlichen Anspruch hatte, so ist er rechtmäßiger Vermögensbestand des Erwerbers geworden, mag er auch durch Täuschung erlangt sein; denn der Geschädigte hätte ihn im Prozeß doch herausgeben müssen, er ist ihm nicht „entzogen“. Bestand kein solcher Anspruch darauf, so ist der Ver-

2) Froeschmann, S. 25.
3) Olshausen § 263 Anm. 45.

mögensvorteil doch nur dann kein rechtmäßiger Vermögensbestandteil des Täters geworden, wenn er unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten stammte oder ihm sonst bestimmt zugeflossen wäre, sodaß ihm durch die stattgefundene Verschiebung ein Vermögensschade entstanden ist. Nur wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, steht die geschehene Vermögensverschiebung im Widerspruch mit dem Privatrecht. Ist der verschobene Vermögensvorteil einem anderen entzogen, so ist der Vorteil, der sich aus der Vergleichung des Gesamtvermögens des Betrügers nach der Verschiebung mit dem ohne die Verschiebung Vorhandenen ergibt, ein rechtswidriger" [4]. Es kann den Ausführungen Froeschmanns insbesondere, insoweit sie die Feststellung enthalten, daß es nicht sowohl auf die Mittel der Erlangung des Anspruchs, sondern auf die rechtliche Begründetheit oder Unbegründetheit, auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines rechtlich begründeten Anspruchs ankomme, beigetreten werden. Im übrigen vertritt Frank die wohl richtigere Meinung, daß für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit nicht ausschlaggebend sein könne der Umstand, ob ein Anrecht auf den Vermögensvorteil bestehe. Der Mangel eines Anspruchs auf einen Vermögensvorteil genüge nicht, um die Rechtswidrigkeit zu begründen. Das die Rechtswidrigkeit begründende Moment müsse vielmehr darin gefunden werden, daß der Vermögensvorteil einem fremden Vermögen entgegen den Grundsätzen des privaten Rechts entzogen werden. Als fremdes Vermögen komme aber nur das durch die Täuschung geschädigte in Frage. Es müßten sich also die Vermögenswerte, die der Täuschende sich oder einem Dritten verschaffen will, aus dem durch die Täuschung geschädigten Vermögen herleiten lassen. Sie müßten aus ihm stammen [5]. Zur Frage der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils führt Allfeld ähnlich aus: „Rechtswidrigkeit ist der erstrebte Vermögensvorteil nicht schon, wenn dem Täter bzw. dem Dritten kein oder kein so weitgehender Anspruch darauf zusteht, sondern nur dann, wenn seine Verschaffung der Rechtsordnung widerspricht" [6].

In Beantwortung des einleitend ausgeführten Falles kann gesagt werden, daß hier die Rechtswidrigkeit des tatsächlich erlangten Vermögensvorteils unstreitig vorliegt. Stoffgleichheit zwischen Vermögensvorteil und Vermögensschade ist gegeben. Der Vermögenswert, der im Vermögen des Täters den Vorteil darstellt, ist dem Vermögen des Spielers entgegen den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts entzogen worden. Weder das Mittel, die Täuschung, das zur Erlangung des Vorteils führte,

4) Froeschmann, S. 45.
5) Frank § 263 Anm. VII.
6) Allfeld, S. 478.

noch der Anspruch auf den Vorteil selbst werden vom Recht gebilligt. Das Zivilrecht gewährt keinen klagbaren Anspruch aus dem Spiel. geschweige denn aus dem Glücksspiel oder gar aus dem verbotenen Glücksspiel. Daß der Leistende das von ihm Hingegebene nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung wegen der entgegenstehenden Vorschrift des § 817, S. 2 BGB nicht mehr zurückverlangen kann, steht der Annahme der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils nicht entgegen.

Es ist somit festgestellt, daß der im Beispiel erlangte Vermögensvorteil ein rechtswidriger ist und dadurch dargetan, daß die Absicht des Bankhalters, sich diesen Vermögensvorteil zu verschaffen, die Absicht darstellt, sich einen „rechtswidrigen" Vermögensvorteil zu verschaffen.

II. B. Glücksspiel und Betrug
im kommenden Strafrecht.

Daß der Begriff des Glücksspiels im kommenden Strafrecht keine Aenderung gegenüber dem heutigen erfahren wird, ist oben schon gesagt. Nur seine Strafbarkeit wird eingeschränkt werden [1]).

„Betrug begeht" — in Zukunft — „wer jemanden durch arglistige Täuschung oder durch arglistiges Verschweigen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung bestimmt und dadurch dem Vermögen des Geschädigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten aus dem Vermögen des Geschädigten unberechtigt zu bereichern" [2]). Das ist die in der zweiten Lesung des Entwurfs gefundene Fassung des Betrugstatbestandes. Es ist wohl richtig, daß diese „Fassung des Kommissionsvorschlags, dem geltenden Recht entspricht" [3]), aber es sind doch einige Aenderungen vorgenommen, die, gerade auf den betrügenden Glücksspieler angewandt, eine wesentliche Erleichterung der Anwendung des Betrugstatbestandes ermöglichen werden.

Wesentlich vereinfacht wurde das Tatbestandsmerkmal der Täuschungshandlung. Ausreichend wird künftig jede arglistige Täuschung sein, ohne daß sie sich unbedingt auf eine Tatsache zu beziehen braucht. Es wird also in Zukunft ohne weiteres eine Täuschungshandlung dort angenommen werden können, wo der Spieler entgegen seiner Ueberzeugung erklärt, er habe nur wenig Erfahrung im Spielen oder er sei ein schlechter Spieler. Neben den Tatsachen können nun anstandslos auch Werturteile

1) s. oben u. Schäfer: Das kommende dt. Strafr. II. Aufl. II. Teil, S. 543.
2) 3) Dahm, DkdStr. II 2, S. 461.

als Grundlage der Täuschungshandlung angesehen werden. Weit einschneidender ist aber die Bestimmung, die jetzt gesetzlich verankert werden soll, daß auch „arglistiges Verschweigen" genüge, um den Tatbestand des Betrugs zu erfüllen. Dem Streit, der sich bisher an der Frage entzündete, welche Bedeutung dem „bloßen Schweigen" beizumessen sei, wird damit der Boden entzogen. Das bloße Schweigen ist dann erheblich, wenn es arglistig ist, d. h. „das Verschweigen fällt dann unter den Betrug, wenn Anstand und Sitte ein Reden verlangen" [4]. Wann „Arglist" vorliegt, wird von Fall zu Fall entschieden werden müssen. Allgemeine Richtlinien über das eben Gesagte hinaus werden sich für diesen „normativen Begriff" kaum aufstellen lassen. Nur so viel läßt sich sagen, daß das auch heute noch geltende Recht selbst bei weitester Auslegung nicht alle die Fälle erfassen konnte, die jetzt umfaßt werden. Es muß nicht mehr eine Rechtspflicht den Schweigenden zur Offenbarung zwingen, „auch die Verletzung der sittlichen Pflicht zur Offenbarung soll den Tatbestand des Betrugs erfüllen" [5]. Wenn sich heute einige Spieler zum Spiel zusammensetzen, ist es nicht nötig, aus irgendwelchen vertraglichen Gesichtspunkten heraus für jeden von ihnen die Pflicht herzuleiten, dem andern zu eröffnen, daß er ohne Bargeld spiele. Die Mitspieler können eine sofortige Aufklärung erwarten und verlangen, da Anstand und Sitte sie dem andern zur Pflicht machen. Kein Spieler wird mehr schweigend zusehen dürfen, wenn eine Karte zum Spiel verwendet wird, von der er sieht, daß sie gezeichnet ist. Er wird nicht schweigend weiter würfeln dürfen, wenn er merkt, daß die Würfel gefüllt sind. Anstand und Sitte verlangen auch hier von ihm, daß er sein Wissen nicht zu seinen Gunsten auswertet, sondern unverzüglich seine Mitspieler von seiner Erkenntnis informiert; ein anderes Verhalten wäre arglistig.

Wie bisher verlangt auch in Zukunft der Tatbestand des Betrugs, daß durch die Täuschungshandlung ein Irrtum hervorgerufen werde. Der Irrtum muß den Getäuschten zu einer Vermögensverfügung verleiten, die Vermögensverfügung muß auf der einen Seite einen Nachteil herbeiführen. „Nachteil ist dasselbe wie Vermögensschade" [6]. Daß der Begriff des Vermögens hier weiter gefaßt werden soll als bisher, braucht im einzelnen nicht erörtert zu werden. Der Nachteil des einen soll einem anderen zum Vorteil gereichen. Der andere — sei es der Täuschende oder ein Dritter — soll durch die Verfügung unberechtigt

4) Dahm in: DkdStr. II, 2, S. 461.
5) Dahm in: DkdStr. II, S. 467.
6) Dahm, DkdStr. II, 2, S. 461.

bereichert werden. Wie bisher, so soll auch jetzt die Absicht, sich zu bereichern, genügen. Die Bereicherung muß eine unberechtigte sein. Die Kommission hat bewußt den alten Tatbestand auch in diesem Punkte abgeändert, statt der rechtswidrigen eine unberechtigte Bereicherung verlangt. Der Streit, was unter dem Merkmal der Rechtswidrigkeit zu verstehen sei, solle damit ausgeräumt werden. Der Berichter der Kommission führt hierzu aus: „Die Absicht des Täters muß darauf gerichtet sein, sich oder einen anderen unberechtigt zu bereichern. Auch darin liegt eine Abweichung vom geltenden Recht, das die Absicht voraussetzt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Ueber die Auslegung dieses Merkmals herrscht bekanntlich Streit. Einigkeit besteht nur darüber, daß der erstrebte Erfolg nicht dann rechtswidrig ist, wenn ein Anspruch darauf bestand, ein Ergebnis, das die von der Kommission vorgesehene Fassung bestehen läßt. Dagegen ist zweifelhaft, ob auch das Umgekehrte gilt. Während das Reichsgericht den Vermögensvorteil schon dann für rechtswidrig hält, wenn kein Anspruch auf den Vorteil bestand, setzt die in der Theorie herrschende Lehre voraus, daß die Vermögensverschiebung gegen und wider das Recht erfolgt ist. Der Vermögensvorteil ist nach dieser Auffassung im wesentlichen nur dann rechtswidrig, wenn er nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wieder herausverlangt werden kann. Es soll darauf ankommen, ob der angestrebte Vorteil „unberechtigt“ war. Dabei ist der Begriff der Unrechtmäßigkeit nicht im Sinne der formalen Rechtswidrigkeit, sondern des materiellen Unrechts gemeint. Es ist somit zu prüfen, ob die Bereicherung für die Volksanschauung als Unrecht erscheint, gleichgültig, wie das im bürgerlichen Recht zum Ausdruck kommt. Daher liegt in der Regel kein Betrug vor, wenn jemand versucht, die Befriedigung eines ihm zustehenden Anspruchs durch Täuschungshandlungen zu erzielen. Aber auch der Versuch zur Befriedigung eines „natürlichen“ Anspruchs aus Spiel und Wette oder aus verjährten Forderungen ist nicht ohne weiteres Betrug. Hiernach ist auch ohne Schwierigkeit zu entscheiden, ob Betrug dann anzunehmen ist, wenn eine Bereicherung auf der Grundlage unsittlicher oder unerlaubter Verträge erstrebt wird. Wer sich dadurch bereichert, daß er der schwangeren Frau ein, wie er weiß in Wahrheit untaugliches Abtreibungsmittel verkauft, tut zweifellos Unrecht. Daher ist Betrug anzunehmen und damit die verfehlte Vorstellung des „rechtlich geschützten Vermögens“ abgelehnt“ [7]).

Es scheint mir aber auch durch die Neufassung keineswegs unzweideutig festgelegt, was der Gesetzgeber unter „unberechtig-

7) Dahm, DkdStr. II, 2, S. 464.

ter Bereicherung" verstanden wissen will. Wenn man, wie Dahm ausführt, zweifellos auch im kommenden Strafrecht den nicht bestrafen wird, der seinen begründeten Anspruch mit den Mitteln der Irreführung durchsetzt, so tut man es auch hier deshalb, weil es an dem Merkmal der Bereicherung überhaupt fehlt. Denn er geht ja seines Anspruchs verlustig durch die Leistung, die er empfängt. Wo es an der Bereicherung fehlt, kann natürlich nicht deren Berechtigung oder Nichtberechtigung geprüft werden.

Ob durch die Fassung „unberechtigt" statt „rechtswidrig" die alte Streitfrage aus der Welt geschafft ist, mag dahingestellt bleiben. Sie ist es wohl, wenn man sich die Ansicht zu eigen macht, daß der Begriff der Unrechtmäßigkeit nicht im Sinne der formalen Rechtswidrigkeit, sondern des materiellen Unrechts gemeint sei, wobei zu prüfen ist, ob die „Volksanschauung" die Tat für Recht oder für Unrecht hält" [7]). Was hält aber, von diesem Standpunkt aus gesehen, das gesunde Volksempfinden davon, wenn sich jemand mit den Mitteln des Betrugs in den Besitz der Summe setzt, die er im Spiel gewonnen, die der Verlierer aber nicht zahlen will? Ist der so erlangte Vermögenszuwachs ein „berechtigter" oder ist er ein „unberechtigter"? Der Kommissionsreferent sagt nur: „Aber auch der Versuch zur Befriedigung eines Anspruchs aus Spiel oder Wette ist nicht ohne weiteres Betrug". Wie der zu behandeln ist, dem der „Versuch" gelingt, bleibt unerwähnt, und die bloße Feststellung, daß „der Versuch nicht ohne weiteres Betrug" sei, gibt leider keine Anhaltspunkte dafür, was der Spieler Besonderes tun müsse, um sich des Betrugs schuldig zu machen.

Daß auch im kommenden Strafrecht Betrug beim Spiel und zwar nicht nur vor und während, sondern auch nach ihm möglich ist, wird grundsätzlich zugestanden. Es ist nicht einzusehen, daß die Bereicherung, die der Spieler anstrebt, nachdem er die sämtlichen übrigen Betrugstatbestandsmerkmale verwirklicht hat, im einen Fall eine berechtigte, im anderen Fall eine unberechtigte sein soll.

Gesetzt den Fall, ein Spieler hat verloren, er will nicht zahlen. Dem Gewinner gelingt es, durch betrügerische Manipulationen den Verlierer zu veranlassen, ihm den Verlustbetrag auszuhändigen. Der Gewinner behält ihn als Spielgewinn. Ist die so erfolgte Bereicherung des Gewinners keine „unberechtigte"? Hat der Gewinner in diesem Fall zweiffellos „Unrecht" getan, erscheint die Bereicherung für die Volksanschauung als Unrecht?

Man wird, ehe man überhaupt der Frage näher treten kann, zunächst prüfen müssen, ob der Gewinner um den, ver-

7) Dahm, DkdStr. II 2, S. 464.

mittels der Täuschungshandlung erlangten Betrag bereichert ist. Als Vorfrage wird geprüft werden müssen, ob eine Spielforderung auch weiterhin als obligatio naturalis angesehen werden soll, oder ob nicht das gesunde Volksempfinden verlangt, daß man sie als vollkommene, vertragliche Verpflichtung behandle. Das Volksempfinden, auf das sich ja das kommende Recht aufbauen will, hält zweifellos dafür, daß eine Spielschuld nicht klagbar sei. Dieses Empfinden kann aber nicht voll gewertet werden; denn es stellt sich mehr als ein Wissen dar. Der lang geübte Gesetzesbrauch ist allmählich in das Empfinden des Volkes eingedrungen und hat die Vorstellung erweckt, daß es nicht Rechtens, aber auch — und das, wie gesagt, nur hieraus abgeleitet — nicht billig sei, daß man den Spielschuldner schuldrechtlich in Anspruch nehmen könne. Man hat aber überall im Volke das Empfinden, daß der Anstand verlange, daß der Spielschuldner seine Schuld bezahle. Man hat daher die Spielschuld zur „Ehrenschuld" erklärt. Es bedeutet einen Flecken auf der Ehre des Spielers, wenn er seine Schuld nicht begleicht. Mit einem solchen Manne will man nicht gerne zu tun haben. Er hat ein Versprechen, das er gab, nicht gehalten, er hat sein Wort gebrochen, weil er vom Gesetz zur Erfüllung nicht angehalten wird. Man wird einen solchen Spieler nicht gerade als Gauner bezeichnen, aber man wird ihn „zweifellos" in weitesten Volkskreisen im Grunde genommen für einen solchen halten. Wenn aber schon das Empfinden des Volkes die Grundlage sein soll für das kommende Recht, so wird man hinsichtlich der Spielschuld eine Aenderung des bisherigen Rechtsstandpunktes durchführen müssen. Es geht nicht an, daß eine Handlungsweise, die die Ehre, das höchste Gut des deutschen Menschen, zu gefährden in der Lage ist, wie das Nichtzahlen der Spielschuld, schließlich gewissermaßen staatlich sanktioniert wird dadurch, daß der Staat sagt, der Spieler kann zahlen, wenn er will, er muß es nicht. Sehr wohl hat jeder für die Unbeflecktheit seiner Ehre selbst zu sorgen. Da aber das Gesetz etwas, was das Volk mißbilligt, nicht billigen darf, muß es im Anschluß an die Auffassung des Volkes dahin abgeändert werden, daß zukünftig der Spieler zur Zahlung seiner Spielschuld verpflichtet ist. Nur dieser Schluß führt zum konsequenten Ergebnis. Wohl ist richtig, daß allgemein weniger ein Recht des Gewinners als eine Pflicht des Verlierers angenommen wird. Aber wenn schon diese Pflicht durch die Ehrenordnung vorgeschrieben wird, so muß sie auch der Gesetzgeber anerkennen und in der Rechtsordnung verankern.

Es ist sonderbar, daß gerade das bürgerliche Recht hier den Grundsatz der Vertragsfreiheit durchbrochen hat. Nach ihm

kann sich durchweg jeder rechtswirksam verpflichten, wozu er will, und kann aus dieser Verpflichtung belangt werden. Nur beim Spiel ist es dem freien Belieben des Einzelnen überlassen, ob er seinen Verpflichtungen nachkommen will oder nicht. Man sollte denken, nur wirklich schwerwiegende Umstände hätten den Gesetzgeber zu einer solchen Maßnahme veranlaßt. Die Bedenken scheinen aber nicht von solch durchschlagender Natur. Es erscheint mir bedenklich, das Spiel für unsittlich zu erklären und daraus zu folgern, daß sich das Gericht deshalb aus den sich aus ihm ergebenden Streitigkeiten fernhalten soll. Der Staat würde sich selbst damit für seine Lotterien ein schlechtes Zeugnis ausstellen, und auch die NSDAP kann das Spiel nicht für unsittlich halten, sonst wäre die Arbeitsbeschaffungslotterie undenkbar. Hier wird im Gegenteil das Spiel in der Abart der Lotterie zur Beschaffung von Mitteln für höchste Ideale eingesetzt. Es scheint ein anderes Bedenken den Gesetzgeber zu seiner Maßnahme veranlaßt zu haben: Es ist bekannt, daß das Spiel — besonders das Glücksspiel und dazu noch, wenn um große Summen gespielt wird — den Spieler derart erfaßt, daß er in seiner Leidenschaft geradezu sich selbst vergißt und nur von dem Gedanken getrieben, seinen Verlust wieder auszugleichen oder den Gewinn um das Vielfache zu vermehren, immer größere Summen einsetzt. Dabei besteht natürlich die Gefahr, daß er den Einsatz verliert, in einem oder mehreren neuen Gängen weitere große Summen einsetzt und einbüßt. Es schien unbillig, dem Gewinner den Schutz des zivilen Rechts zu gewähren und damit womöglich den Verlierer um sein ganzes Hab und Gut zu bringen— und das nur deshalb, weil er in seiner Spielwut einmal entschlossen war, die Beträge einzusetzen, weil er im Augenblick des Abschlusses des Spielvertrages willens war, im Falle des Verlustes den Einsatz zu bezahlen, und der andere bereit war, die Leistung für den Fall des Gewinnes anzunehmen Ich will hier einer Betrachtung des kommenden Abschnitts nicht vorgreifen. Aus dem Ausgeführten ergibt sich m. E. jedoch schon, daß auch beim Glücksspiel ein Unterschied gemacht werden muß. Man wird dort, wo es um kleinste Summen geht, unbedenklich den Verlierer auch durch das Gesetz anhalten können, seinem ursprünglich erklärten Willen und den eingegangenen Verpflichtungen treuzubleiben. Das Empfinden sträubt sich dagegen, eine derartige Regelung auch für Spiele gelten zu lassen, bei denen große Summen gefordert werden, deren Verlust die Spieler oft empfindlich trifft. Daß die oben erwähnte Lösung, die Spielschuld für klagbar zu erklären, weder der früheren noch der heutigen Grundauffassung entspricht, scheint eine Stütze in der strafrechtlichen Regelung des Glücksspiels zu finden.

Könnte der Gewinner im Glücksspiel den zugesicherten Gewinn einklagen, so würde damit zugleich zugestanden, daß das Glücksspiel ein Mittel ist, um sich begründete Ansprüche zu verschaffen. Dann dürfte es strafrechtlich nicht verfolgbar sein. Wird es aber vom Strafrecht verfolgt — wenn auch nur in bestimmter Form, und das wird ja im kommenden Strafrecht bleiben — so kann durch die unerlaubte Handlung, wenn sie auch nur die Bedingung dafür setzt, wer der Berechtigte und wer der Verpflichtete sein soll, doch nicht eine Forderung begründet werden. Es wird daher zunächst die Frage geprüft werden müssen:

Weshalb wird das Glücksspiel auch heute noch mit Strafe belegt?

Die Ansichten, weshalb der Glücksspieler bestraft werde, waren schon bislang geteilt. Aus der Stellung des Glücksspielparagraphen im Strafgesetzbuch läßt sich ein sicherer Schluß nicht ziehen. Die einen erklären es für strafbar als Vermögensgefährdungsdelikt [8]). Diese Ansicht überzeugt nicht; denn das Vermögen des Verlierenden zu schützen, hat der Staat keinen Anlaß. Er würde den Verlierer dann ja vor sich selbst in Schutz nehmen. Die Strafvorschrift als eine Drohung an die Parteien aufzufassen, insonderheit an den durch das Spiel zu ermittelnden Gewinner, sodaß sie von dieser Richtung aus gesehen als eine Schutzvorschrift für das fremde Vermögen sich darstellt, ist auch nicht durchschlagend, weil ja der Verlierer von vornherein mit dem Schaden einverstanden und auch in der Lage ist, auf die Güter, die er verliert, rechtswirksam zu verzichten. — Das fremde oder das eigene Vermögen zu schützen scheint das Glücksspielstrafrecht auch nach den geltenden Normen nicht bestimmt. So vertritt denn eine andere Meinung den Standpunkt, daß die gesellschaftsfeindliche Wirkung der Spielleidenschaft oder die Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit durch die Glücksspielvorschriften getroffen werden soll [9]). Weiser zieht den Kreis noch etwas enger und meint, daß nicht sowohl die öffentliche Sittlichkeit schlechthin den Grund zur Bestrafung des Glücksspiels bilde; das durch das Glücksspiel angegriffene Rechtsgut sei vielmehr die wirtschaftliche Ordnung, ein Teil der öffentlichen Wohlfahrt. Die Angriffsform sei die Gefährdung [10]). Das kommende Strafrecht läßt aus seiner Gliederung den Grund, weshalb das Glücksspiel auch dem nationalsozialistischen Gesetzgeber strafwürdig erscheint, klarer erkennen. Das Glücksspiel ist hier unter

---

8) so Allfeld, S. 470. Kröncke, S. 2.
9) Orth, S. 52; Weiskam, S. 38; Votteler, S. 25.
10) Weiser, S. 83.

dem Abschnitt „Strafbarer Eigennutz“ mit Wucher, Preistrei-
berei, Rechtsvereitelung und Wilderei zusammen genannt [11]).
Die Stellung des Deliktstatbestands im Zusammenhang mit dem
ersten Satz von Punkt 10 des Programms der NSDAP:
„Erste Pflicht jedes Staatsbürgers muß sein, geistig oder kör-
perlich zu schaffen“ erhellt, wie das Glücksspiel nach national-
sozialistischer Anschauung zu bewerten ist. Das Verwerfliche bei
ihm ist nicht sowohl, daß es das Vermögen der Spieler ge-
fährdet, auch nicht, daß es die wirtschaftliche Ordnung erschüttert,
Treu und Glauben im Wirtschaftsleben gefährdet, daß es die
öffentliche Wohlfahrt belastet. Gewiß sprechen alle diese Mo-
mente, insonderheit das letzte, bei der Bestrafung mit. Aus-
schlaggebend ist aber die in den Handlungen der Glücksspieler
zutage tretende asoziale Gesinnung. Sie machen sich strafbar,
wenn sie sich dem, was höchste Pflicht jedes Deutschen ist, näm-
lich geistiger oder körperlicher Arbeit, entziehen und sich stattdessen
mit ihren Gewinnen aus Glücksspiel durchschlagen wollen. Nicht
die Tatsache, daß sie ein Glücksspiel spielen, sondern die Tat-
sache, wie sie es spielen, entscheidet darüber, ob sich die Spieler
strafbar machten. Nicht dann schon, wenn sich zufällig ein paar
Bekannte treffen und sich zu einem Glücksspiel zusammensetzen,
machen sie sich nach den neueren Bestimmungen strafbar, be-
straft wird nur, „wer aus dem Glücksspiel ein Gewerbe macht“.
Mit dieser strafrechtlichen Regelung scheint mir zugleich auch
darüber entschieden, ob die Spielforderung klagbar sein soll oder
nicht. Hat sich der fordernde Spieler wegen Glücksspiels straf-
bar gemacht, so wird man seinen Anspruch ablehnen müssen,
weil er durch eine unerlaubte Handlung begründet wurde. In
allen Fällen des erlaubten Spiels ist kein Grund einzusehen,
weshalb man eine Spielforderung nicht soll einklagen können.
Die oben angeführten Bedenken treffen zwar unstreitig zu, aber
man muß doch davon ausgehen: „Das Strafrecht des deutschen
Volkes ist aus dem Boden der deutschen Sittenordnung erwach-
sen. Die Auslegung des Strafgesetzes hat sich daher an den
Geboten dieser Sittenordnung auszurichten“ [12]). Aber nicht allein
das Strafrecht soll der Sittenordnung und dem Empfinden des
Volkes entspringen, jede deutsche Rechtsnorm soll dort ihren
Ursprung haben. Nun ist oben schon ausgeführt, daß das Volk
verächtlich auf den blickt, der den versprochenen Spielgewinn zu-
rückbehält. Der Gesetzgeber soll diesem Empfinden des Volkes
nicht in den Weg treten; er soll die Spielschuld grundsätzlich für
klagbar erklären. Einigen ganz besonders gelagerten Fällen
wird der Richter zweifellos auch dann gerecht werden können.

11) Freisler, DtdStr., S. 42.
12) Freisler, DtdStr., S. 45.

Würde die Spielforderung als vollwertig anerkannt, so bedürfte es in keinem Falle einer Prüfung, ob der, der dem Spieler die Forderung entzieht, ihm einen Vermögensschaden zufügt. Auch wenn der Spieler mit den Mitteln des Betrugs seine Forderung aus dem erlaubten Spiel verwirklichte, könnte er nicht als Betrüger bestraft werden; denn er hätte nur seinen berechtigten Anspruch durchgesetzt.

II. C. Zusammenfassung.

Es ist bisher im einzelnen betrachtet worden, ob die Tatbestandsmerkmale des Betrugs auch im Rahmen des Glücksspieltatbestandes verwirklicht werden können, und wir haben als Ergebnis gefunden, daß sich der Glücksspieler nach dem geltenden und kommenden Strafrecht zweifellos wegen Glücksspiels und zugleich auch wegen Betrugs strafbar machen kann. Es bedarf jedoch hier einer Einschränkung.

Wenn sich die Spieler zu einem Spiel zusammensetzen, und der eine kennt die Spielkarten an gewissen Zeichen und nutzt diese Kenntnis bei Ausgabe der Karten dazu aus, sich selbst die besten Karten zuzuteilen, so besitzt er, wenn sonst das Spiel ein Glücksspiel ist, zweifellos die Möglichkeit, auf den Verlauf des Spiels einen Einfluß zu gewinnen, der seinem Wunsch entspricht. Während die anderen Partner die Entscheidung dem Zufall überlassen, vermag er, da er auch die Karten seiner Gegner kennt, sich beim Ausspielen darauf einzurichten. Fast völlig kann er dann den Ausgang des Spiels von seinem Willen abhängig machen, wenn er selbst Karten ausgibt und es vermag, sich die wirksamsten zurückzubehalten. Er kann dann ein wesentliches Moment des Spiels — nämlich den Zufall — ausschalten und den Spielverlauf ganz oder teilweise von seinem Willen abhängig machen.

Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel.

Es gibt eine große Anzahl Spiele, bei denen nicht der Zufall entscheidet, vielmehr ein in der Person des Spielers liegendes Moment den Ausschlag gibt: die Geschicklichkeitsspiele, Insbesondere werden die meisten Brettspiele: Schach, Dame, Mühle, aber auch Skat und noch einige andere Kartenspiele diesen zugerechnet. Die Abgrenzung zwischen dem Geschicklichkeits- und dem Glücksspiel ist oft nicht leicht. Weiser hat sich sehr eingehend mit der Frage der Unterscheidung beider Spieltypen befaßt. Er hat als die beiden Extremtypen das absolute Geschicklichkeitsspiel und das absolute Glücksspiel festgehalten, Spie-

le, bei denen nur die Geschicklichkeit und nur der Zufall in allen Fällen den Ausschlag geben können. Bei den übrigen Spielen — er unterteilt sie in die relativen Geschicklichkeits- und in die relativen Glücksspiele — lasse sich ein klarer Trennungsstrich nicht ziehen. In diesen Fällen müsse jeweils der Spielverlauf zeigen, ob es sich im Einzelfall um ein Glücks- oder ein Geschicklichkeitsspiel handelt. Wenn man vielleicht auch sagen könne, daß das Spiel im allgemeinen dem einen oder anderen Typ angehöre, weil die Mehrheit der Spielgänge entschieden werde durch den menschlichen Willen oder unbeeinflußt von ihm bleibe, weil der Spieler die Kausalität des Spielverlaufs nicht kenne, lasse sich gleichwohl eine Regel mit allgemeiner Gültigkeit nicht aufstellen [13]). Man wird daher bei allen gemischten Spielen im Einzelfall prüfen müssen, „ob der Sieg und Gewinn ausschließlich oder hauptsächlich von der Geschicklichkeit und Gewandtheit, Berechnung oder Kraft, von den Fähigkeiten und der Kenntnis, sowie dem Grad der Aufmerksamkeit der Spieler abhängt„ [14]). Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, entscheidet vielmehr der Zufall, so ist über die Gattung des Spiels im Einzelfall entschieden.

Es sind nun allerdings Spiele denkbar, die im einen Gang als Glücks-, im anderen als Geschicklichkeitsspiele anzusehen sind. Ich halte es für ein Unding, die einzelnen Spielgänge in einem solchen Falle zu bewerten. Mit Recht wird man hier vielmehr prüfen, ob in der Mehrheit der Gänge der Zufall oder die Geschicklichkeit über den Erfolg entscheidet, und darnach seine Entscheidungen treffen [15]).

Die Einzelheiten der Unterscheidung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel interessieren in diesem Zusammenhang nicht so sehr als das aus ihrem Vergleich gefundene Ergebnis. Es ist unbestritten, daß, falls die Parteien ein Geschicklichkeitsspiel spielen, eine Bestrafung wegen Glücksspiels nicht eintreten kann; denn es fehlt an einer zur Vollendung des Glücksspieltatbestandes wesentlichen Voraussetzung, der Unmöglichkeit, den Verlauf des Spiels im voraus zu berechnen und ihm dem Zufall überlassen zu müssen.

Genau so ist es beim Falschspiel. Der Betrüger führt den Erfolg und seinen Gewinn bewußt herbei. Der Erfolg ist für ihn nicht subjektiv zufällig [16]). „Gelingt es einem Spielbeteilig-

---

13) Weiser, S. 27 ff.

14) RGStr. neben älteren Entscheidungen: 61/5; 62/48.

15) gleicher Ansicht Epple, S. 10, Geiger, S. 22, auch Seelig, S. 51, hält diese Meinung für die in praxi am besten verwertbare.

16) Weiser, S. 56.

ten bei einem Spiel, bei dem an und für sich der Zufall über Gewinn oder Verlust entscheidet, den Ausgang durch regelwidriges Verhalten, durch einen Kunstgriff nach seinem Willen zu bestimmen, so liegt ein Glücksspiel objektiv nicht mehr vor. Eine solche Veranstaltung ist Betrug und nach § 263 RStGB zu verurteilen. Der Falschspieler spiegelt seinem Partner vor, es handle sich um ein Glücksspiel mit gleichverteilten Gewinnchancen und bestimmt diesen zur Leistung eines Einsatzes, auf dessen Auszahlung er sich durch unredliche, dem Gegner unbekannte Manipulationen einen scheinbaren Anspruch verschafft" [17]). Beim Falschspiel liegt daher auch meiner Ueberzeugung nach der Betrug allein vor, der nicht etwa in Idealkonkurrenz mit Glücksspiel steht [18]). Das Falschspiel bleibt auch dann Betrug allein, wenn der Täuschende zunächst dem Zufall die Entscheidung überläßt oder dem Partner gar zum Sieg verhilft, um ihn dann mit desto größerer Sicherheit hereinzulegen [19]). Das Reichsgericht hat allerdings einmal ausgesprochen, daß der Tatbestand des Glücksspiels nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß jemand durch täuschende Manipulationen und Kunstgriffe bei Einleitung und Handhabung des Spiels die Chancen des Zufalls zu seinen Gunsten zu vermehren gewußt hat [20]). Dem Reichsgericht lag damals der Fall vor, daß der Angeklagte mit einer anderen Person ein Glücksspiel, das sog. „Kümmelblättchen", spielte, indem er 3 in den Händen gehaltene Karten — 2 Buben und 1 Dame —, nachdem er sie vorgezeigt hatte, verdeckt auf den Tisch warf und der andere nun raten mußte, welche Karte die Dame sei. Der Angeklagte warf hierbei die Karten so langsam und offensichtlich, daß der andere die Dame nicht verfehlen konnte. Als der Mitspieler einmal einen hohen Betrag setzte, bediente sich der Angeklagte beim Werfen der Karten eines besonderen Kunstgriffs, sodaß der andere nicht die richtige Karte riet und seinen Einsatz verlor. In 1. Instanz war damals der Angeklagte wegen Betrugs allein verurteilt worden. Der Richter hatte angenommen, der Mitspieler habe, da er von den Kunstgriffen des „Kümmelblättchens" keine Ahnung hatte, notwendig die falsche Karte raten müssen. Das „Kümmelblättchen" sei in diesem Fall für den Angeklagten kein Glücksspiel gewesen, da der Ausgang nicht vom Zufall, sondern lediglich von den Kunstgriffen und der Geschicklichkeit des Angeklagten abhängig gewesen sei. Demgegenüber führt das Reichsgericht aus: „Der

---

17) Epple, S. 36.
18) Diese Ansicht auch Weiser, S. 56; Reebmann, S. 20/21; Köhler, S. 21/22; Seelig, S. 75/76; Votteler, S. 18.
19) Epple, S. 36; Votteler, S. 19.
20) RGStr. 28/283.

Ausgang des betriebenen Spiels hing nach diesem davon ab, ob der Mitspieler die richtige Karte riet. Der Angeklagte mag zwar durch den von ihm angewandten Kunstgriff bezweckt haben, den Mitspielenden auf eine falsche Fährte zu führen; seine Tätigkeit entschied aber nicht den Ausgang des Spiels, sondern der vom Zufalle abhängige Umstand, ob der Mitspieler trotz des Kunstgriffs des Angeklagten die richtige Karte wählte. Letzterer mußte auch nicht die falsche Karte wählen. Es hing vielmehr von seinem Willen ab, welche Karte er bezeichnete. Das Auffinden der richtigen Karte war aber umsomehr ein zufälliges, je schwieriger es bei den Manipulationen des Angeklagten war, zu erkennen, an welcher Stelle sich die betreffende Karte auf dem Tisch befand." Das Reichsgericht kommt damit zu dem Ergebnis, daß der Angeklagte, dadurch daß er den Einsatz an sich genommen, sich des Glücksspiels und des Betrugs schuldig gemacht habe. In einer späteren Entscheidung hat es, darüber hinausgehend, ausgeführt: „daß auch in den Fällen, in denen der Zufall völlig ausgeschaltet worden wäre, die Annahme des tateinheitlichen Zusammentreffens von Betrug und Glücksspiel nicht zu beanstanden sei". Zur Begründung dieser Ansicht führt es aus: „Allerdings ist unter einem Glücksspiel im Sinne der §§ 284 ff. RStGB ein Spiel zu verstehen, bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht, wie beim reinen Geschicklichkeitsspiel, von den Fähigkeiten und Kenntnissen, sowie vom Grade der Aufmerksamkeit des Durchschnitts der Spieler, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall, d. h. vom Wirken unberechenbarer, dem Einfluß der Beteiligten entzogener Ursachen abhängt. Der 4. Strafsenat hat hieraus den Schluß gezogen, daß ein Spiel dann nicht mehr als Glücksspiel erachtet werden könne, wenn ein Spieler es völlig in der Hand habe, durch eine nur ihm bekannte Machenschaft den Ausgang nach seinem Willen zu bestimmen." Der hier angedeuteten Ansicht glaubt der 1. Strafsenat nicht beipflichten zu können. Er geht in seiner Entscheidung von folgenden Erwägungen aus: „Jedes Spiel, also auch das Glücksspiel, ist ein Vertrag, bei dem die Vertragsteile vom Eintritt entgegengesetzter Bedingungen abhängig machen, ob und in welcher Höhe dem einen oder anderen Teil ein Gewinn zufallen soll. Entscheidend für das Wesen der Spielveranstaltung sind hiernach die Vertragsbedingungen, die von dem einen oder anderen Teil ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen angeboten und von dem anderen Teil angenommen werden. Ergibt sich aus diesen Bedingungen, daß die Entscheidung über Gewinn oder Verlust allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängen soll, so liegt ein Glücksspiel vor. Ein geheimer Vorbehalt des Anbietenden oder Annehmenden, nicht den

Zufall, sondern ausschließlich einen, dem anderen nicht erkennbaren Kunstgriff entscheiden zu lassen, sowie ein diesem Vorbehalt entsprechendes, dem anderen Teil nicht erkennbares Verhalten bei der Durchführung des Spiels kann hieran nichts ändern. Auch soweit zur Erfüllung eines Tatbestandes das Zustandekommen von Spielverträgen nicht erforderlich ist, sondern wie beim Veranstalten eines Glücksspiels schon die Aufstellung und Zugänglichmachung eines Spielplans, also das Vertragsangebot, zur Vollendung genügt, oder, wie beim Bereitstellen von Einrichtungen, schon Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht sind, kommt es darauf an, ob nach den gemachten oder in Aussicht genommenen Vertragsangeboten die Entscheidung vom Zufall abhängen soll. Wird also ein Spiel gespielt, veranstaltet oder vorbereitet, das bei ehrlicher Durchführung ein Glücksspiel ist und den in etwaige Kunstgriffe nicht eingeweihten Mitspielern als solches erscheinen muß, so ist der einschlägige Tatbestand auch dann erfüllt, wenn ein Spieler durch unehrliche Machenschaften in einer den anderen Spielern nicht erkennbaren Art und Weise den Zufall völlig ausschaltet oder auszuschalten beabsichtigt. Mit dem Glücksspiel trifft Betrug zusammen, wenn der Veranstalter in der Absicht, sich oder anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen der uneingeweihten Mitspieler dadurch beschädigt, daß er das veranstaltete Spiel als reines, bloß vom Zufall abhängiges Glücksspiel darstellt und die Möglichkeit seiner willkürlichen Einwirkung auf den Spielausgang verschweigt. Er versetzt dann durch die Vorspiegelung einer falschen und die Unterdrückung einer wahren Tatsache die Mitspielenden in einen Irrtum über die Gewinnaussichten und bestimmt sie hierdurch zur Hingabe und Belassung von Einsätzen, denen die vorgespiegelte Gewinnaussicht nicht gegenübersteht, also zu einer vermögensschädigenden Verfügung".

Schließlich beruft sich das Reichsgericht noch auf die allgemeinen, aus dem Willen des Gesetzgebers und dem Sinn der Strafbestimmungen sich ergebenden Gesichtspunkte: „Der hier vertretene Standpunkt wird allein dem gesetzgeberischen Grund der Strafbestimmungen gegen das Glücksspiel gerecht. Dieser liegt darin, daß derartige Veranstaltungen wegen des in ihnen enthaltenen Merkmals des Zufalls geeignet sind, die Spielleidenschaft zu wecken und die Teilnehmer durch die unsichere Aussicht auf einen den Einsatz übersteigenden Vorteil zu unwirtschaftlichen Ausgaben zu verleiten, und daß sie andererseits — namentlich wenn die Teilnehmer nicht in nähere Beziehungen zueinander stehen — die Gefahr einer Schädigung der Teilnehmer durch Täuschung und Uebervorteilung begründen. Diese

Gesichtspunkte treffen schon dann zu, wenn sich das veranstaltete Spiel nach den kundgegebenen Spielbedingungen den zur Teilnahme veranlaßten Dritten als Glücksspiel darstellt. Bei Zugrundelegung der gegenteiligen Annahme würde sich überdies die Unstimmigkeit ergeben, daß der Angeklagte, falls er die Mitspielenden durch täuschende Kunstgriffe lediglich auf falsche Fährte zu führen versucht hätte, den einschneidenden Bestimmungen des § 285a RStGB unterliegen würde, daß diese aber unanwendbar wären, wenn er durch einen weitgehenden Betrug den Zufall völlig ausgeschaltet hätte. Gerade der Wunsch, von der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde befreit zu werden, bildet offenbar den Grund, weshalb sich der Angeklagte in der Revisionsbegründung eines schwereren Betrugs bezichtigt, als das Berufungsgericht angenommen hat. Ein solch widersinniges Ergebnis kann nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen" [21]). Dieser Ansicht des Reichsgerichts schließt sich Weiser an [22]). Reebmann lehnt sie ab [23]). Weiser macht zunächst darauf aufmerksam, daß man bei einem derart gelagerten Fall, wie er dem Reichsgericht vorgelegen habe, zuerst feststellen müsse, ob das Spiel als ein Geschicklichkeitsspiel oder als ein Glücksspiel angeboten sei.

Werde in dem letzteren Falle dem Mitspieler von dem Betrüger die Möglichkeit gegeben, in die Karten hineinzusehen, ohne daß es die Spielregel erlaube, so werde durch diese betrügerische Manipulation der andere auf falsche Fährte gelockt und auf diese Weise zu einer Willenshandlung veranlaßt, die den Verlust seines Einsatzes herbeiführe. Gleichwohl bleibe seine Wahl natürlich ein Raten, er könne von dem Gesehenen Gebrauch machen oder nicht. Sein Erfolg sei also ein Zufallserfolg und damit das Spiel ein Glücksspiel. Der Erfolg werde nicht bewußt herbeigeführt, der andere nur auf falsche Fährte gelockt, sodaß er aus freiem Willen darauf verzichte, den Erfolg dem Zufall zu überlassen und eine Willenshandlung vornehme, durch die er verliere. Reebmann stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, daß sich eine allgemeine Entscheidung, ob Glücksspiel oder Betrug vorliege, nicht treffen lasse: „Die richtige Beurteilung derartiger Fälle hängt von eine Tatsachenfrage ab: Sobald die betreffende Manipulation den Ursachenkomplex für den Spielerfolg nicht erschöpft, sondern nur eine Teilursache darstellt, zu der sich weitere relativ zufällige Teilursachen gesellen, liegt Betrug statt Glücksspiel nur dann vor, wenn durch die betreffenden Manipulationen der Einfluß der zufälligen Teilursachen so stark

---

21) RGStr. 61/12.
22) Weiser, S. 61—63.
23) Reebmann, S. 21.

vermindert wird, daß nicht mehr er, sondern der Einfluß der betreffenden Willenshandlung überwiegt". Reebmann kommt damit zu dem auch nach meiner Meinung allein richtigen Ergebnis, daß es nur darauf ankommt, in welchem Maße es dem Täter gelingt, den Willen des Mitspielers zu beeinflussen. Wenn er das in dem Maße fertig bringt, daß der andere unbedenklich die Karte, die er als seine Glückskarte erkannt zu haben glaubt, auch wählt, so kann von einem Glücksspiel offensichtlich nicht mehr gesprochen werden; denn nicht mehr der Zufall, sondern das bestimmte Wissen soll hier den Ausschlag geben. Läßt sich dagegen der Mitspieler durch das, was er gesehen hat oder gesehen zu haben glaubt, nicht beeinflussen, sondern wählt ohne Rücksicht darauf willkürlich seine Karte, so liegt allein ein Glücksspiel vor. Für die Entscheidung, ob Glücksspiel oder Betrug in solchen Fällen vorliegt, ist von ausschlaggebender Bedeutung das subjektive Verhalten des Mitspielers. Läßt er sich durch die Manipulationen irgendwie beeinflussen, so liegt ohne weiteres Betrug vor. Vermögen die Manipulationen auf ihn nicht einzuwirken, bleibt er vielmehr in seiner Willensentschließung völlig frei und überläßt er es dem Zufall, ob die von ihm gewählte Karte die richtige ist, so ist allein Glücksspiel gegeben. Fraglich könnte allenfalls noch sein, ob sich der Spieler bei vollendetem Glücksspiel durch sein Verhalten eines versuchten Betrugs schuldig gemacht hat. Das ist abzulehnen. Der Spieler hat zu Beginn des Spiels dieses als ein Glücksspiel ausgegeben. Er hat damit die Wahrheit gesagt; denn das Spiel ändert seinen Charakter auch dadurch nicht, daß dem Mitspieler im Verlauf des Kartenabwurfs die Möglichkeit geboten wird, einen Blick in die Karten zu tun. Trotz der vorgenommenen Manipulation bleibt es doch ein Raten, welches die richtige Karte ist. Der Umstand allein, daß der Mitspieler dem andern, ohne ihn dadurch auch nur im geringsten beeinflussen zu können, einen Blick in die Karten gestattet, ist besonders im Zusammenhang mit der einleitend ausdrücklich aufgestellten Behauptung, das Spiel sei ein Glücksspiel, nur ein Versuch, den andern irrezuleiten, also nur eine versuchte Täuschungshandlung, die zum Betrugsversuch nicht ausreicht.

Diese Ansicht wird noch bekräftigt durch das Folgende: Ist das Glücksspiel, z. B. „Kümmelblättchen", als ein Geschicklichkeitsspiel angeboten worden, so ist der bei ihm begangene Betrug auch nach der Ueberzeugung Weisers allein als solcher zu bestrafen [24]). Offensichtlich kann doch aber nicht die Form des Angebots, aus einem Glücksspiel ein Geschicklichkeitsspiel ma-

---

24) Weiser, S. 63.

chen oder umgekehrt. Maßgeblich für die Art des Spiels können doch nur tatsächliche Gesichtspunkte sein. Nur der Spielverlauf kann nachweisen, ob das Spiel durch den Spieler und seine Fähigkeiten beeinflußt werden kann, oder ob es auf die nicht ankommt und der Zufall entscheidet. Auch bei dem als Geschicklichkeitsspiel angebotenen „Kümmelblättchen" bleibt letztlich die Wahl ein bloßes Raten. Denn der Getäuschte kann trotz größter Sorgfalt nie feststellen, welche die richtige Karte ist, eben weil der Spieler durch seine betrügerischen Manipulationen eine Verfolgung des Spielverlaufs unmöglich und damit die Wahl der richtigen Karte durch die Geschicklichkeit allein, ausgeschlossen hat. Die Wahl der Karte ist demnach auch hier ohne Rücksicht darauf, was der Betrogene glaubt, ein bloßes Raten. Nur durch Zufall könnte der Erfolg herbeigeführt werden. Nur insofern besteht ein Unterschied, als in dem vorhergehenden Fall der Spieler veranlaßt werden soll, die Entscheidung nicht dem Zufall, sondern dem bestimmten Wissen zu überlassen, indem er dem folgt, was er gesehen zu haben glaubt, wobei der Spieler erst durch das „ungeschickte" Abwerfen der Karten Einfluß auf den zu Betrügenden zu nehmen sucht, während im zweiten Fall der Spieler von vornherein ausdrücklich darauf hinweist, daß die Vorgänge vor dem eigentlichen Spiel für die endgültige Entscheidung wesentlich seien und daher sozusagen Bestandteil des Spieles selbst. Dadurch wird aber nur erreicht, daß der zu Täuschende umso sicherer die falsche Entscheidung trifft, weil er das, was er gesehen zu haben glaubt, für die Entscheidung für wesentlich erachtet. Im ersteren Falle ist die Bindung des Betrogenen an die Täuschungshandlung geringer, weil man ihm die die Täuschungshandlung begründenden Vorgänge als nicht zum Spiel gehörig bezeichnet hat. Es handelt sich also m. E. bei der Bezeichnung des „Kümmelblättchens" als Geschicklichkeits- oder Glücksspiel lediglich darum, daß im ersteren Falle wohl kaum ein Spieler die Entscheidung dem Zufall wird überlassen wollen, ein Glücksspiel daher wohl kaum gegeben sein dürfte, im zweiten Falle ganz vereinzelt der vom Spieler beabsichtigte Erfolg nicht eintritt, weil der andere das, was er gesehen hat, nicht verwertet, die Entscheidung vielmehr dem Zufall überläßt und deshalb ein Glücksspiel spielt. Ich komme damit zu dem Ergebnis: Wird eine Täuschungshandlung während des Spiels begangen, und dadurch versucht, den weiteren Verlauf des Spiels zu beeinflussen, so liegt, je nachdem es dem Täter gelingt, seine Absicht zu verwirklichen, entweder Betrug oder Glücksspiel vor. Idealkonkurrenz zwischen beiden ist ausgeschlossen.

In diesem Zusammenhang sei auch der folgende, ähnlich liegende Fall erwähnt, der ebenfalls zu Zweifelsfragen Anlaß

geben kann. Wie ist es anzusehen, wenn bei einem Spiel einzelne Spielhandlungen unter § 285 RStGB, andere unter § 263 RStGB fallen, wenn also z. B. bei mehreren Spielgängen der Betrüger in einzelnen die Entscheidung dem Zufall überläßt, in anderen durch seine betrügerischen Manipulationen den Ausgang des Spiels entscheidet? Allgemein abgelehnt wird eine Lösung, die dahin geht, die einzelnen Spielgänge als Ganzes zusammenzufassen und dann zu entscheiden, ob Glücksspiel oder Geschicklichkeitsspiel vorliege, je nachdem der Zufall oder der Betrug in der Mehrheit der Fälle den Ausschlag gaben. Eine Entscheidung, ähnlich der, die wir bei der Differenzierung von Geschicklichkeits- und Glücksspiel vornahmen, wird für nicht geeignet erachtet und das meiner Ansicht nach mit Recht! Denn jeder der einzelnen Spielgänge stellt etwas Selbständiges dar. In jedem Einzelgang begeht der Spieler, wenn er betrügt, eine neue, selbständige Handlung. Die verschiedenen Spiele können nicht als Ganzes gewürdigt werden. Bei Geschicklichkeits- oder Glücksspiel handelt es sich um die Feststellung des Spieltyps; ist er festgestellt, dann sind alle Spiele dieser Art als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele anzusehen. Deshalb können alle Einzelspielgänge dort sehr wohl zusammengefaßt werden. Bei Betrug oder Glücksspiel hängt es aber von den Umständen des Einzelfalls ab, ob das eine oder das andere vorliegt; es muß daher jeder Einzelfall besonders gewertet werden [25]). Aus dieser Auffassung heraus ergibt sich, daß es undenkbar ist, den Fall dahin zu entscheiden, daß der Täter wegen eines in Tateinheit mit Glücksspiel begangenen Betrugs zu bestrafen sei. Reebmann, der ein solches Ergebnis ebenfalls ablehnt, führt hierzu richtig aus: „Nun erfordert der § 73 RStGB, daß zur Begründung einer Idealkonkurrenz ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt. Es mußte demnach, damit Idealkonkurrenz als gegeben zu erachten ist, ein und dieselbe Handlung des Spielers sowohl den Tatbestand des § 285 RStGB als auch den des § 263 RStGB erfüllen. Selbst wenn man nun die sämtlichen Spielhandlungen des Täters zusammenfassen würde zu einer Handlung (man kann unter gewissen Voraussetzungen im Strafrecht immer nur gleichartige Handlungen zu einer fortgesetzten Handlung zusammenfassen), so ist doch niemals das wesentliche Moment gegeben, daß durch die Handlung des Täters der Tatbestand des Glücksspiels und des Betrugs durch ein und dieselbe Handlung verwirklicht worden sind. Vielmehr zeigt sich stets die Spielhandlung begleitet oder unterbrochen von der anderen Handlung des Betrugs“ [26]). Auch Reebmann kommt dann zu der m. E.

25) so auch Weiser, S. 57 ff.
26) Reebmann, S. 22.

allein richtigen Lösung, daß in einem solchen Fall jeder einzelne Spielgang entweder als Betrug oder als Glücksspiel zu bewerten ist. Der Spieler wäre diesfalls, wenn es sich um eine Reihe von Einzelspielen verschiedenen Charakters handelt, zu verfolgen wegen eines gegebenenfalls fortgesetzten Vergehens nach § 263 RStGB sachlich zusammentreffend mit einem Vergehen nach § 285 RStGB [27]).

Ich komme somit zu dem Ergebnis: Ein Betrug während, d. h. bei dem Ablauf des Spiels und in dessen Rahmen bewirkt, hat zur Folge, daß das Spiel seinen Glücksspielcharakter verliert. Es liegt entweder Glücksspiel oder Betrug vor, das eine schließt das andere zwangsläufig aus.

Anders ist es in den Fällen, wo nach erfolgtem Glücksspiel noch ein Betrug begangen wird, oder dort, wo der Spieler durch die betrügerische Vorspiegelung von in Wahrheit nicht vorhandenen Gewinnmöglichkeiten zum Spiel verleitet wird und dann verliert. Hier berühren sich Betrug und Glücksspiel nicht. Dazu ein Beispiel: Wenn der Losverkäufer der Wahrheit zuwider behauptet, 1/4 seiner Lose seien Treffer, und der Käufer, durch die vorgespiegelte Chance verlockt, den Kaufpreis für ein Los zahlt, so ist schon damit der Betrug ihm gegenüber vollendet. Erst jetzt beginnt aber das eigentliche Spiel. Der Spieler greift in die Tombola und versucht sein Glück. Das Glücksspiel ist also von dem vorhergehenden Betrug völlig unabhängig, es steht weder äußerlich noch innerlich mit dem Betrug in irgend einem Zusammenhang. Idealkonkurrenz ist in solchem Falle ausgeschlossen, Glücksspiel und Betrug treffen hier realkonkurierend zusammen [28]).

Genau so ist es in den Fällen, in denen der Betrug nach vollendetem Glücksspiel begangen wird. Das wäre beispielsweise dann gegeben, wenn die einzelnen Gänge des Spiels im Ergebnis notiert werden. Behauptet bei der Abrechnung der notierende Bankhalter, die Spieler hätten größere Verluste, als in Wirklichkeit zutrifft, und zahlen diese den geforderten Betrag, so sind sie betrogen. Daran, daß sie sich zuvor auch wegen Glücksspiels strafbar gemacht haben, ändert der nachfolgende Betrug nichts. Das Glücksspiel bildet auch hier eine strafbare Handlung, die völlig losgelöst ist von dem nachfolgenden Betrug. Mit ihm macht sich der täuschende Spieler einer völlig neuen strafbaren Handlung schuldig. Glücksspiel und Betrug treffen darnach auch hier realkonkurrierend zusammen.

Schließlich sei noch der Fall erwähnt, den auch Reebmann anführt. A und B vereinbaren ein Spiel, bei dem der der

27) so auch Weiser, S. 56.
28) Reebmann, S. 21; irrig Epple, S. 36.

Gewinner sein soll, der am besten getäuscht hat. Reebmann entscheidet auch nach meiner Meinung ganz richtig: „Hier liegt offensichtlich kein Glücksspiel vor, auch kein Geschicklichkeitsspiel, bei welchem die Geschicklichkeit darin besteht, den Gegner zu übergaunern. In diesem Spiel wäre der Spielvertrag von vornherein gemäß § 138, I BGB nichtig. Da nun der Spielvertrag ein wesentliches Erfordernis für alle Spiele ist, so liegt in einem solchen Falle überhaupt kein Spiel vor" [29]). Man kann dieser Meinung, die darauf abhebt, daß grundsätzliche Voraussetzung des Spiels der Spielvertrag sei, zustimmen; denn ohne das Vorliegen dieses essentiale entfällt der Charakter des Spiels. Damit ist jegliche Debatte über diese Gaunerei als Spiel ausgeschlossen.

III. Erpressung beim Glücksspiel.

Betrug beim Glücksspiel ist etwas Alltägliches. Der Kartenspieler „beschummelt" abends am Biertisch, wenn er gerade einmal kann. Die kleinen gewerbsmäßigen Spieler ziehen von Ort zu Ort und „verdienen" sich durch ihre Betrügereien in Gaststätten oder gar auf der Straße ihr Fortkommen. Hin und wieder gelingt es einigen gerissenen Gaunern, ihre Opfer um ein paar Tausende zu betrügen. Der Betrug und das Glücksspiel liegen nebeneinander. Für den Betrüger, der ja darauf abzielt, heimlich, ohne daß es dem Partner zum Bewußtsein kommt, sich seinen Vorteil zu verschaffen, ist das Glücksspiel ein weites Betätigungsfeld. Da bietet sich ihm oft und meist ganz leicht die Möglichkeit, unbemerkt die Entscheidung zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Anders ist es bei der Erpressung.

Die Absicht des Erpressers.

„Erpressung ist diejenige, in Bereicherungsabsicht verübte Vermögensbeschädigung, welche in der Weise bewirkt wird, daß durch Zwang (statt wie beim Betrug durch Täuschung) der Wille des andern beeinflußt und dieser hierdurch zu einem ihn oder einen Dritten schädigenden Verhalten bestimmt wird. Das geltende Recht hat aber, indem es eine Vermögensbeschädigung nicht verlangt, die Vollendung der Erpressung schon in das erzwungene Verhalten an sich (Handlung, Duldung, Unterlassung) gelegt" [1]).

Gleich dem Betrug setzt die Erpressung voraus, daß der Täter in der Absicht handelt, „sich oder einem Dritten einen

29) Reebmann, S. 20.
1) Allfeld, S. 481.

rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen". Auf dies subjektive Tatbestandsmerkmal der Erpressung braucht nicht näher eingegangen zu werden. Es entspricht dem des Betrugs und hat auch dieselbe Auslegung erfahren wie dort. Es kann also auf die beim Betrug gemachten Ausführungen verwiesen werden. Um ihre Bereicherungsabsicht zu verwirklichen, suchen Erpresser wie Betrüger auf ihre Gegner einzuwirken. Aber die Mittel der Einwirkung sind verschieden. Während der Betrüger sein Opfer zu der es schädigenden Handlung verleiten will, sich also ängstlich bemüht, zu verhindern, daß es sich des wahren Sachverhaltes bewußt werde, tritt ihm der Erpresser brutal mit seiner wahren Absicht gegenüber. Er offenbart ihm unverhohlen, was er will, und sucht es mit Gewalt oder durch Drohung zu zwingen, sich seinem Willen zu fügen.

Die Mittel der Erpressung.

Als Mittel der Erpressung bezeichnet das Gesetz Gewalt und Drohung.

Unter „Gewalt" i. S. des § 253 RStGB ist nur Gewalt an Sachen zu verstehen, die sich jedoch mittelbar gegen die Person des Genötigten richten muß. Wird Gewalt gegenüber oder an der Person des zu Nötigenden oder an dritten Personen verübt, so liegt der Tatbestand des § 255 RStGB vor. Der Einfachheit halber soll auch dieser in die Betrachtung mit aufgenommen werden, da sonst nur sehr konstruierte Fälle bei Erpressung beim Glücksspiel unter Anwendung von Gewalt denkbar wären. Als Gewaltanwendung genügt neben vis absoluta auch vis compulsiva.

Unter Drohung ist „die Ankündigung irgend eines zukünftigen, vom Drohenden selbst zu bewirkenden oder doch zu befördernden Uebels zu verstehen. Als Uebel ist dabei eine gesteigerte Unannehmlichkeit ein Nachteil, gleichviel welcher Art, zu verstehen" [2]). Daß das Uebel geeignet sein muß, den andern in seiner Willensentschließung zu beeinflussen, ergibt sich aus dem Wesen der Erpressung von selbst; denn gerade das Inaussichtstellen des Uebels, die Drohung, muß ja den andern dazu veranlassen, etwas zu tun, zu dulden oder zu unterlassen, was er ohne sie nicht getan hätte. „Nicht erforderlich ist die Absicht auf Seiten des Täters, die Drohung zu verwirklichen. Das braucht nicht einmal möglich zu sein. Der Täter muß nur erwarten, daß sie als ernst gemeint aufgefaßt wird" [3]). „Entscheidend ist, daß der Täter in Wahrheit die Absicht hat, Furcht vor der Verwirk-

2) Olshausen § 253, Anm. 5 b I.
3) Frank § 253, Anm. II 2.

lichung des Uebels zu erregen" [4]). Es darf also nicht ein bloßer Vorschlag, ein Vertragsangebot oder dergleichen sein, es muß ihm Zwangscharakter innewohnen, es muß freiheitbeschränkende Wirkung haben" [5]).

Nun ist aber nicht jede Drohung, die geeignet ist, den Willen des anderen zu beeinflussen, gleich eine unerlaubte. Aus dem Wortlaut des § 253 RStGB läßt sich das allerdings nicht ohne weiteres ersehen. Man könnte meinen, es genügten Drohungen jeder Art, also sowohl mit einem rechtswidrigen als auch mit einem rechtlich erlaubten oder rechtlich unerheblichen Verhalten. Daß dem nicht so ist, bedarf keiner besonderen Begründung, denn wenn das Gesetz jemandem gestattet, eine bestimmte Maßnahme gegen einen anderen zu treffen, ist selbstverständlich, daß er sie androhen darf, ehe er mit ihrer Durchführung beginnt. Schwierig ist nur, da daß Gesetz eine Regelung nicht enthält, die Abgrenzung zwischen der erlaubten und der nicht mehr erlaubten Drohung. Frank meint, es sei erlaubt: „Die Androhung eines verkehrsmäßigen Uebels, d. h. eines solchen Uebels, mit dessen Zufügung der Bedrohte ohnehin nach den Regeln des normalen Verkehrs rechnen muß" [6]). Die Ansicht Franks und auch die Moraltheorie, die die Erkenntnis, ob die Drohung berechtigt sei oder nicht, gewinnen will aus den Gesichtspunkten der allgemeinen Morallehre, nach der die Drohung nicht gegen die guten Sitten im Vermögensverkehr verstoßen darf, werden in der Mehrheit abgelehnt. Den meisten Anklang hat die Relationstheorie gefunden. Sie besagt: „Für das Nötigungsmittel ist zu verlangen: seine rechtliche Mißbilligung zur Erreichung des erstrebten Zwecks. Diese rechtliche Mißbilligung ist gegeben, wenn das Nötigungsmittel selbst rechtswidrig ist, oder wenn bei an sich erlaubten Mitteln die Mißbilligung seiner Anwendung sich aus der Relation zwischen Mittel und Zweck ergibt." „Die herrschende Ansicht sieht daher mit Recht rechtliche Mißbilligung der Anwendung des an sich erlaubten Mittels zur Erreichung des Vorteils nur dann als gegeben an, wenn die Relation zwischen Mittel und Vorteil ergibt, daß die Anwendung des Mittels zur Erreichung des bestimmten Zweckes im Einzelfall unangemessen war." [7]). Eine allgemein gültige Regel bringt auch die Relationstheorie nicht; es bleibt vielmehr die Frage, ob eine Drohung rechtswidrig ist oder nicht, für viele Fälle eine Tatfrage, die jeweils an Hand der eben ausgeführten Gesichtspunkte entschieden werden muß.

---

4) Olshausen § 253, Anm. 5 b I.
5) Olshausen § 253, Anm. 5 II aa.
6) Frank § 253, Anm. II 2.
7) Olshausen § 253 Anm. 5 b II.

Das kommende Strafrecht wird an den Erpressungsmitteln nichts ändern. Der Erpresser muß sich auch weiterhin mit Gewalt oder durch Drohung den fremden Willen gefügig zu machen suchen. Der Begriff der Gewalt soll der bleiben, den ihm die bisherige Auslegung gegeben hat. Der Begriff der Drohung erschien dem Gesetzgeber zu ungenau, für problematisch hielt er besonders die Abgrenzung der erlaubten und der unerlaubten Drohung. Er glaubt, daß bei ihr irgend welche Wertakzente erforderlich seien [8]. Am vorteilhaftesten schien es ihm, für das Tatbestandsmerkmal der Drohung eine Legaldefinition zu schaffen. Im „Allgemeinen Teil" wird daher der „Sprachgebrauch der Drohung" dahin festgelegt: „Im Sinne des Gesetzes ist Drohung: Drohung mit Gewalt oder mit einem empfindlichen Uebel, wenn es gegen die guten Sitten verstößt, zu dem verfolgten Zwecke, die Gewalt oder das Uebel anzudrohen."

Der engere Tatbestand der Erpressung nach § 253 RStGB wird demnach keine wesentliche Aenderung erfahren gegenüber der Auslegung, die bisher schon in der Literatur üblich war. Die Mittel — Gewalt und Drohung — haben sich nicht geändert. Der Gesetzgeber hat, wie das bisher schon in der Literatur vorherrschend vertreten wurde, zur Feststellung des Begriffs der Drohung eine „Relation hergestellt zwischen dem Nötigungsmittel und dem Nötigungszweck" [9]. Das Nötigungsmittel muß geeignet sein und auch führen zu einer Handlung, Duldung und Unterlassung des Genötigten. Durch das abgenötigte Verhalten muß der Täter dem Genötigten oder einem Dritten einen Nachteil zufügen wollen und auch tatsächlich zufügen und zwar „um sich oder einen Dritten aus dem Vermögensschaden zu bereichern". Man hat auch schon bislang verlangt, „daß durch die Erpresserhandlung aus fremdem Vermögen ein Gewinn, nicht nur aus dem Genötigten ein Verhalten herausgepreßt werde" [10]. Zukünftig wird der Eintritt eines Vermögensschadens auf Seiten des Genötigten und die Absicht des Täters verlangt, diese Vermögenswerte sich oder einem Dritten zu verschaffen. Der Gedanke der Stoffgleichheit zwischen Vermögensschade und Vermögensvorteil ist jetzt klar herausgearbeitet.

In Zukunft werden aber eine große Anzahl von Tatbeständen nicht mehr als Erpressung, sondern als Raub bestraft werden. Zum Raub gehörte bislang, daß der Täter die Sache, die er dem andern entziehen und sich aneignen wollte, selbst wegnahm. Ließ er sie sich vom andern aushändigen, so lag Erpressung vor. Das kommende deutsche Strafrecht ist m. E.

8) DkdStR II. Teil, S. 494.
9) DkdStR II. Teil, S. 495.
10) RGStr. 67/200.

mit Recht der Auffassung, daß der hierfür geschaffene Tatbestand der räuberischen Erpressung eine Verlegenheitslösung darstellt. „Die gewaltsame Abnötigung der Sache soll ihrer gewaltsamen Wegnahme gleichgestellt werden, also zweifelsfrei aus der Erpressung herausgenommen werden. Denn wenn entscheidend die unter Vergewaltigung des Willens erfolgende Sachentziehung ist, dann kann es nicht mehr darauf ankommen, ob die Drohung: „das Geld oder das Leben!“ zum Geben oder zum Nehmenlassen führt“ [11]).

Für den Erpressungsbegriff des kommenden Strafrechts ist also im Gegensatz zum derzeit geltenden Recht klar ausgesprochen:

1. daß nicht die Freiheit der Willensentschließung, sondern das Vermögen das geschützte Rechtsgut ist [12]);

2. daß Stoffgleichheit zwischen Vermögensschade und angestrebtem Vermögensvorteil vorliegen muß [13]).

Ueberdies ist der Begriff der Drohung gesetzlich interpretiert. Schließlich ist eine schärfere Abgrenzung gegenüber dem Tatbestand des Raubs erfolgt, die dazu führt, „daß alle Fälle der Sachentziehung dem Gebiet des Raubs zugewiesen, — in dem Abschnitt über Raub, Diebstahl usw. vereinigt werden“ [14]). Durch diese Einteilung und Ausscheidung wird eine nahe Verwandtschaft der Erpressung mit dem Betrug geschaffen, „die darin liegt, daß beide zu einer dem wahren Willen nicht entsprechenden Selbstschädigung führen“ [14]).

Daß es auch nach geltendem Recht nicht genügte, wenn der Betroffene von dem Erpresser nur zu einem Verhalten — einer Handlung, Duldung oder Unterlassung — genötigt wird, ist schon erwähnt. „Die Erpressung ist mit der Nötigung, d. h. mit der erzwungenen Handlung, Duldung oder Unterlassung, zwar vollendet. Es muß aber auch der Erfolg eingetreten sein, den der Täter beabsichtigte und nicht ein von dieser Willensrichtung des Täters abweichender“ [15]). Die Absicht des Täters richtet sich auf die Erlangung eines Vermögensvorteils. Es muß deshalb „das Verhalten des Genötigten in einer Vermögensdisposition bestehen, die direkt oder zumindest indirekt für den Schadenseintritt ursächlich ist“ [16]). Das kommende Recht wird das Erfordernis des Eintritts des Vermögensschadens in den gesetzlichen Tatbestand aufnehmen und damit jede Erwägung hierüber de lege lata ausschließen.

11) DkdStR II. Teil S. 487.
12) DkdStR II. Teil S. 494.
13) DkdStR II. Teil S. 498.
14) DkdStR II. Teil, S. 497.
15) Olshausen § 253, Anm. 9.
16) Olshausen § 253, Anm. 6.

Wie ist es nun, wenn der A den B mit den Mitteln der Erpressung, also mit Gewalt oder mit Drohung, oder in der Form des § 255 RStGB veranlaßt, mit ihm ein Glücksspiel zu spielen? Das Spiel ist eine Handlung. Das allein genügt aber nicht zur Erfüllung des Tatbestandes. Diese Handlung muß zu einer Vermögensschädigung des B oder einer dritten Person führen, über deren Vermögen B verfügen kann. Ob B durch das Spiel geschädigt wird oder nicht, hängt von den Umständen ab, die durch die Nötigungsmittel nicht beeinflußt sind, nämlich vom Ausgang des Spiels, und davon, ob der Verlierer die Spielschuld dann auch bezahlt. Richtet sich der Zwang, der auf B ausgeübt wird, allein darauf, ihn zur Teilnahme am Glücksspiel zu veranlassen, so wird hierdurch der Tatbestand der Erpressung noch nicht erfüllt.

In einem solchen Falle Erpressung anzunehmen, begegnet auch anderen Bedenken: Zunächst erstrebt der Erpresser nur, mit den anderen ein Spiel herbeizuführen. Das Spiel als solches bedeutet keinen Vorteil. Es besteht zwar die Möglichkeit des Gewinns, aber die Chancen beim Glücksspiel sind ungewiß, der Zufall kann Gewinn oder Verlust bringen. Das Spiel allein ist noch kein Vorteil, jedenfalls kein Vermögensvorteil. Natürlich ist richtig, daß der Täter beim Spiel auf Gewinn hofft. Aber auch das gewonnene Spiel ist noch kein Vermögensvorteil, der Verlierer kann immer noch erklären, er werde nicht zahlen. Und wenn er zahlt, so braucht er es unter Umständen nur deshalb zu tun, weil er verloren hat, nicht weil er zum Spiel gezwungen wurde. An sich wäre denkbar, daß der Erpresser seine Handlungen vornimmt in der Absicht, das Spiel zu erzwingen und sich aus dem Gewinn des Spiels einen Vorteil zu verschaffen. Dieser Hoffnung fehlt aber die Gewißheit. Einen Vorteil hat er nur, wenn er gewinnt und der andere bezahlt; der Täter kann also in Wirklichkeit nur die Absicht haben, ein Spiel zu erlangen. Was das Spiel für ein Ergebnis haben wird, ist Gegenstand seiner Hoffnung, nicht seiner Absichten, weil die Entscheidung über Gewinn oder Verlust nicht von seinem Willen abhängt, also nicht von der Absicht umfaßt werden kann. Eine Erpressung kann also auch aus diesem Gesichtspunkt heraus darin nicht erblickt werden, daß der Täter mit den Mitteln des Erpressers den andern zu einem Glücksspiel veranlaßt. Auf den Ausgang des Spieles kommt es nicht an. Unerheblich ist auch, ob es dem andern im Falle des Verlusts durch das Gesetz freigestellt ist, ob er bezahlen will oder nicht oder ob ihn ein kommendes Recht vielleicht zwingt, seine Schuld zu bezahlen.

Es wäre auch nicht anders zu entscheiden, wenn der Täter, nachdem er seinen Partner zum Spiel gezwungen hat, nach mehreren Verlustpartien sich schließlich mit Falschspiel zu helfen suchte. Auch hier kann ja die Absicht des Täters nicht von vornherein auf die Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet sein; denn erst während des Spiels setzt der Betrüger die Voraussetzungen dafür, daß er einen Vorteil erlangen muß. Hat dagegen der Täter von Anfang an die Absicht, falsch zu spielen, so nimmt er mit Sicherheit an, daß ihm das Spiel jedenfalls den Vorteil bringt, daß er eine Spielforderung erlangt. Dadurch würde sich seine Vermögenslage bessern. Die Absicht des Täters würde bei der Erpressungshandlung auf die Erlangung dieses rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtet sein und dadurch der Tatbestand der Erpressung erfüllt werden. Läßt sich in einem solchen Falle der andere auf das Spiel ein und zahlt er nach dem Verlust, so besteht kein Hinderungsgrund, hier wegen Erpressung und Betrugs zu strafen.

Die seltenen Fälle, in denen der Erpresser auf den Spielverlauf selbst Einfluß zu nehmen sucht, indem er beispielsweise seinen Partner zum Ausspielen einer bestimmten Karte oder dergleichen veranlaßt, wären folgendermaßen zu entscheiden:

Das Spiel und Glücksspiel setzen voraus, daß die Spieler unabhängig vom Willen anderer im Rahmen der Spielregeln das tun können, was sie, ihrem freien Willen folgend, tun wollen. Es ist deshalb ein Spiel ganz allgemein dann nicht mehr gegeben, wenn der Spieler nicht mehr entsprechend den Spielregeln handelt, sondern von dem Erpresser gezwungen wird, ausschließlich seinem Befehl zu folgen. Seine Spielhandlungen sind jetzt nur noch der Ausfluß des Willens eines andern, der Spieler wird zur Marionette. Insbesondere liegt in einem solchen Falle kein Glücksspiel mehr vor; denn nicht der Zufall entscheidet über den Ausgang des Spiels, sondern der Wille dessen, der seinen Partner zu den Handlungen zwingt, die ihm passen.

Liegt in einem solchen Falle ein Glücksspiel nicht vor, so ist auch zweifelhaft, ob eine Erpressung gegeben ist. Der Tatbestand wäre denkbar. Die Erpressungsmittel werden dazu benutzt, aus dem Erpreßten ein bestimmtes Verhalten herauszupressen. Dieses Verhalten hat seinerseits den Verlust des Spiels zur Folge. Zahlt dann der Erpreßte, so tut er es zweifellos nicht wegen des Spielverlustes, sondern aus Furcht vor dem Erpresser, also veranlaßt durch die Erpressungshandlung. Darüber, ob die Erpressung vollendet oder ob sie im Versuchsstadium stecken geblieben ist, entscheidet, ob der Erpreßte, Aufwendungen aus seinem Vermögen an den Erpresser gemacht hat oder nicht.

Endlich ist noch der Fälle von Erpressung nach Beendigung des Glücksspiels zu gedenken. Vollendet ist das Glücksspiel schon mit der letzten Spielhandlung, beim Kartenspiel mit dem Ausspielen der letzten Karte, d. i. dann, wenn sich entscheiden läßt, wer Gewinner und Verlierer des Spiels ist. Daß die Abrechnung erfolgt ist und der Gewinner seinen vereinbarten Gewinn erhalten hat, ist nicht erforderlich. War das Glücksspiel ein strafbares, so ist die Strafe schon verwirkt. Verlangt nun der Gewinner von seinem Spielgegner den Gewinn und zwingt er ihn, falls er nicht freiwillig leistet, mit den Mitteln des Erpressers zur Zahlung, so begeht er, unabhängig von dem vorausgegangenen Glücksspiel, noch eine Erpressung. Er macht sich strafbar wegen eines Vergehens des Glücksspiels in Realkonkurrenz mit einem solchen der Erpressung.